



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Maria João Marques Paixão

O DIREITO SUBJETIVO À REGULAÇÃO PÚBLICA
A METAMORFOSE DO DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas com Menção em Direito Administrativo orientada pelo Professor Doutor Pedro António Pimenta Costa Gonçalves e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Julho de 2020



Maria João Marques Paixão

O direito subjetivo à regulação pública

A metamorfose do direito subjetivo público

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas com Menção em Direito Administrativo.

Orientador: Senhor Doutor Pedro Costa Gonçalves

Coimbra, 2020

À minha mãe,
que, há muitos anos, me respondeu, pela primeira vez, à pergunta
“O que é o Estado?”: continuo em busca de uma resposta, mas a tua permanece
insuperável.

RESUMO:

O alvor do séc. XXI colocou na ribalta do debate administrativista europeu a Regulação Pública. Pesem embora os antepassados remotos do instituto, foi apenas na sequência das mutações sociopolíticas do final do século passado que os Estados europeus se assumiram verdadeiramente como Estados Reguladores. Apesar da propensão inicial espontânea para importar o modelo estadunidense, ao qual se reconhece um grau de maturidade que permite a respetiva elevação a paradigma, tornou-se clara a imperatividade de realização de um ajustamento que permitisse honrar o “modelo social europeu”. A discussão em torno do “novo” papel do Estado toca intimamente a identidade europeia, mormente no que diz respeito à tradição socializante e à proteção dos direitos económicos, sociais e culturais dos cidadãos. No contexto regulatório brotam relações de configuração triangular, em que o Estado se vê colocado na posição de garante. Enquanto tal, compete-lhe tutelar as posições jurídico-subjetivas dos particulares, *máxime* as que resultam extraídas da sua condição de titulares de direitos fundamentais. Equaciona-se, então, até onde deve ir a responsabilidade pública de garantia e pondera-se a respetiva justiciabilidade. O direito subjetivo à regulação surge, neste cenário, como uma manifestação da subsistência do comprometimento estadual com o princípio da socialidade. Os tempos são de adaptação e, por isso, também a dogmática deve ajustar os seus institutos tradicionais. A operatividade dos modelos jurídico-políticos depende da efetividade real dos seus alicerces teóricos na perspetiva dos destinatários – assim, o modelo regulatório e a responsabilidade pública de garantia que o sustenta pressupõem a consagração de um poder jurídico correspondente na esfera dos cidadãos.

PALAVRAS-CHAVE:

Regulação; Estado de Garantia; Direito Subjetivo à Regulação; Responsabilidade de Garantia; Dever de Garante.

ABSTRACT:

The dawn of the 21st century has put Public Regulation in the spotlight of European's administrative debate. Despite the institute's remote roots, it was only as a result of the socio-political changes of the end of the last century that European States truly assumed themselves as Regulatory States. Although the initial spontaneous tendency was to import the U.S. model, whose recognized maturity makes it the paradigmatic model, it became clear that it was imperative to make an adjustment that would honor the "European Social Model". The discussion on the "new" role of the State is closely related to the European identity, especially regarding the socializing tradition and the protection of citizens' economic, social and cultural rights. In the regulatory context, relations of triangular configuration sprout, in which the State is placed in the position of guarantor. As such, it is public responsibility to protect the subjective positions of individuals, above all those extracted from their status as holders of fundamental rights. We must consider how far the public responsibility should go and consider its justiciability. The idea of a right to regulation arises, in this scenario, as a manifestation of the subsistence of the State commitment to the principle of sociality. Times are of adaptation and therefore dogmatic must also adjust her traditional institutes. The operability of legal-political models depends on the real effectiveness of their theoretical foundations from the perspective of the recipients - thus, the regulatory model and the public responsibility of guarantee require the consecration of a corresponding legal power in the sphere of citizens.

KEY-WORDS:

Regulation; Regulatory State; Private Right to Regulation; Regulatory Inaction; Duty of Care.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS:

AC	– Autoridade da Concorrência
AMT	– Autoridade da Mobilidade e dos Transportes
ANACOM	– Autoridade Nacional de Comunicações
CDFUE	– Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia
CMVM	– Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CRP	– Constituição da República Portuguesa
ERC	– Entidade Reguladora para a Comunicação Social
ERS	– Entidade Reguladora da Saúde
ERSAR	– Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos
ERSE	– Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos
EUA	– Estados Unidos da América
TFUE	– Tratado de Funcionamento da União Europeia
UE	– União Europeia

ÍNDICE:

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I – O ESTADO E O MERCADO: A EVOLUÇÃO DO RELACIONAMENTO NA EUROPA	13
1. A “pré-história” do Estado.....	13
1.1 O “Estado de Justiça”	13
1.2 O Estado Absoluto.....	13
2. O Estado Liberal	14
2.1 Enquadramento histórico: o liberalismo e o capitalismo do séc. XIX	14
2.2 Dicotomia Estado-Sociedade: confrontação e antinomia	16
2.3 Responsabilidades públicas: bipolarização e “Estado Mínimo”	18
2.4 Posições jurídicas particulares tuteladas: os direitos de defesa.....	19
3. O Estado de Serviço Público	20
3.1 Enquadramento histórico: a Revolução Industrial na viragem para o séc. XX	20
3.2 Dicotomia Estado-Sociedade: o despertar da cooperação	22
3.3 Responsabilidades públicas: bipolarização e expansão das tarefas do Estado	23
3.4 Posições jurídicas particulares tuteladas: os direitos a prestações económicas	24
4. O Estado (Social) Providência.....	26
4.1 Enquadramento histórico: os extremismos, guerras e a Grande Depressão do séc. XX	26
4.2 Dicotomia Estado-Sociedade: colaboração e simbiose	28
4.3 Responsabilidades públicas: bipolarização e “Estado Máximo”	29
4.4 Posições jurídicas particulares tuteladas: os direitos a prestações sociais	30
5. O Estado de Garantia.....	31
5.1 Enquadramento histórico: o overload das Administrações e a Nova Ordem Mundial na viragem para o séc. XXI.....	31
5.2 Dicotomia Estado-Sociedade: privatização e garantia	33
5.3 Responsabilidades públicas: superação da bipolarização e intermediação.....	34

5.4 Posições jurídicas particulares tuteladas: os direitos de proteção e a triangulação das relações	36
6. Dinâmicas e permanências	37
CAPÍTULO II – O ESTADO DE GARANTIA E A REGULAÇÃO PÚBLICA	39
1. Conceito de Regulação	39
1.1 Origens.....	39
1.2 Dificuldades de definição.....	40
2. Teorias da Regulação	44
2.1 Introdução	44
2.2 Teorias normativas	45
a) Teoria tradicional do interesse público	45
b) Teoria progressiva do interesse público	52
2.3 Teorias positivas.....	53
a) Teoria da escolha pública.....	54
b) Teorias do interesse privado	56
c) Teorias institucionais	60
d) Teorias ideacionais	63
2.4 Conclusão: o “melting pot” regulatório	65
3. Instrumentos de regulação	66
3.1 Fileira regulatória	66
3.2 Regulação legislativa	67
3.3 Regulação administrativa.....	68
4. Objetivos da regulação	70
4.1 Introdução	70
4.2 Assegurar o correto funcionamento do mercado: as falhas do mercado	71
4.3 Promover e garantir a concorrência: o direito da concorrência	72
4.4 Proteger os direitos dos cidadãos-consumidores: a posição jurídico-pública do consumidor.....	73

4.5 Garantir o fornecimento de serviços de interesse geral: as obrigações de serviço público	74
4.6 Proteger o interesse público: os bens jurídicos extraeconómicos	75

CAPÍTULO III – UM DIREITO SUBJETIVO À REGULAÇÃO PÚBLICA (?)..... 77

1. Estado Administrativo na contemporaneidade: o “Admirável Mundo Novo” 77

1.1 Constituição, Estado e Administração	77
a) O paradigma social	77
b) Direito Administrativo: Direito Constitucional concretizado	80
1.2 Valores e funções da Administração contemporânea	81
a) Interesse público e direitos dos cidadãos	81
b) Direitos dos cidadãos tutelados pela Administração	83

2. Estado Administrativo e Regulação Pública: o *cosmos* regulatório 86

2.1 Estado, mercado e garantia	86
2.2 Triângulo regulatório	87
2.3 Objeto e beneficiários da regulação.....	92

3. Falha regulatória: entre deveres e direitos..... 94

3.1 Concetualização.....	94
3.2 Competências e deveres administrativos	96
3.3 Deveres e direitos: dois lados da mesma moeda (?).....	98

4. Direito subjetivo à regulação: a “*Embriaguez da Metamorfose*” do direito subjetivo público?..... 103

4.1 A metamorfose do direito subjetivo público no (novo) Direito Administrativo.....	103
a) Jusfundamentalidade e serviços essenciais	103
b) Inação administrativa, falha regulatória e direitos dos cidadãos.....	106
c) Dever de garante como proteção jurídica	111
4.2 Os potenciais erros dogmáticos do direito subjetivo à regulação.....	114
a) Discricionariedade político-legislativa e deveres sem direitos	114
b) Alocação de recursos, separação de poderes e “ditadura dos cidadãos”	116
c) Garantia como proteção jurídica objetiva	120

CONCLUSÃO 123

BIBLIOGRAFIA:..... 127

Introdução

As últimas décadas podem ser classificadas como um período de reconfiguração do papel do Estado na economia. Contrariamente ao que anunciara Fukuyama, o “Fim da História”¹ não chegou e a viragem do século contou com o recrudescer do debate em torno do modelo de Estado e da sua relação com o Mercado.

Do lado de cá do Atlântico, as reivindicações pela retração do Estado iniciaram-se nas décadas de 1980 e 1990. A conjuntura sociopolítica e económica que se instituía deu aso ao acendimento de múltiplas críticas ao Estado Providência e à sua Administração prestadora; e o avanço da integração comunitária permitiu que tais críticas se generalizassem a todo o espaço da União. Mais ou menos prontamente, os Estados europeus começaram a afastar-se do figurino de Estado de bem-estar que se havia tornado característico da Europa Continental. No plano jurídico-administrativo, esse afastamento foi o resultado das profundas reformas introduzidas nas Administrações Públicas – conceitos como “privatização”, “liberalização”, “externalização”... passaram a estar, ininterruptamente, na ordem do dia. Neste contexto reformista, o questionamento das missões do Estado tornou-se inevitável. De facto, os novos instrumentos, a nova organização e a nova teleologia introduzidos nos sistemas administrativos a pretexto da necessária reforma do Estado Administrativo inserem-se num quadro mais amplo, de evolução da própria conceção de Estado – especificamente, de evolução do relacionamento entre o Estado e o Mercado².

É com este pano de fundo que surgem sob foco os conceitos de “Estado Regulador”, de “Estado de Garantia”, de “regulação pública” e de “garantia pública”. Em virtude do ambiente que acendeu o debate em torno destes conceitos, marcado pela censura aos excessos do providencialismo estatal e à tendência tentacular das Administrações Públicas, generalizou-se a respetiva associação à retirada do Estado. No entanto, o arranjo funcional-institucional que se institui não acarreta necessária ou, pelo menos, unicamente menor presença ou intervenção estadual, nem tão-pouco um recuo do poder público³. O que se verifica é, isso sim, uma transmutação do modo como essa intervenção é levada a cabo.

¹ FUKUYAMA, Francis, *O fim da história e o último homem*, 4ª ed., Lisboa: Gradiva, 2011.

² Cf. ESTORNINHO, Maria João, *A Fuga para o Direito Privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 2009.

³ Especialmente enfática é a afirmação de LOUREIRO, João, *Adeus ao estado social?: a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*, Lisboa: Wolters Kluwer Portugal – Coimbra Editora, 2010: «O Estado garantidor não é, pois, um Estado desertor.» (p. 108).

O recuo do Estado Administrativo no campo da responsabilidade pública de execução – da prestação direta de bens e serviços aos cidadãos – tem sido compensado pelo avanço de uma *novel* responsabilidade pública de garantia. Não se verifica, portanto, uma mera contração da execução pública em vista do regresso ao quadro liberal. Ao invés, assiste-se ao surgimento de uma terceira categoria de responsabilidades públicas, situada num plano intermédio entre a responsabilidade de base e enquadramento, dominante no arquétipo liberal, e a responsabilidade de execução, preponderante no modelo de providência⁴.

Dadas as incontornáveis obrigações fundamentais do Estado no campo socioeconómico, o período pós-privatizador trouxe a instituição de operadores técnicos dirigidos a viabilizar, simultaneamente, o aproveitamento das virtualidades do Mercado e a preservação do comprometimento do Estado com a realização de valores coletivos essenciais. Dentre esses expedientes destaca-se a *garantia pública*, traduzida no dever do Estado de assegurar que o Mercado produz os resultados exigidos pelo interesse público e permite a realização dos direitos dos cidadãos. O Estado despe os trajes de “máquina de prestações”, mas, em contrapartida, torna-se garante da concretização dos valores fundamentais. Assim se compreende que o Estado de garantia se localize, teoreticamente, a meio caminho entre os modelos extremos – de Mercado e de Estado –, assumindo uma responsabilidade também ela intermédia. E, por isso mesmo, antolha-se manifestamente redutor falar, a este respeito, numa mera retirada ou recuo do Estado. O *rolling back* é, indubitavelmente, uma realidade; mas uma visão mais ampla e, conseqüentemente, mais completa dos processos encetados permite concluir que “mais Mercado” não significa necessariamente “menos Estado”.

É exatamente a posição de garante assumida pelo Estado *hodierno* que dá arrimo às considerações que se seguem e que pretendem sustentar a reformulação do direito subjetivo público para atender às mutações verificadas. A *despublicatio* das tarefas públicas extingue, naturalmente, os direitos prestacionais titulados pelos cidadãos em relação à Administração prestadora. Contudo, muitos dos setores abrangidos pelos processos expostos tocam valores e direitos fundamentais, donde decorre que o Estado não pode, pura e simplesmente, retirar-se, deixando os particulares entregues a si mesmo, sobretudo num campo onde predominam relações de poder. É exatamente a constatação do potencial pernicioso do funcionamento livre do mercado para os interesses fundamentais (económicos ou sociais) dos particulares

⁴ Cf. GONÇALVES, Pedro, *Reflexões sobre o Estado regulador e o Estado contratante*, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

que justifica a assunção de uma posição de garante por parte do Estado: cabe-lhe assegurar que as relações privadas de troca de bens e serviços se desenrolam em conformidade com o interesse público e em respeito pelos direitos dos cidadãos.

Neste quadro, a emergência da responsabilidade pública de garantia determinou a recomposição do relacionamento entre atores públicos e privados. O dualismo tradicional é substituído por uma estrutura triangular, num contexto em que à simplicidade que caracterizava o vínculo Administração-Administrado sobrevém a complexidade característica da multipolaridade. O Estado não é só “guarda-noturno”, nem é sempre fornecedor-prestador de bens e serviços; e os particulares não se posicionam face ao Estado exclusivamente como cidadãos titulares de direitos de defesa ou como beneficiários de prestações estaduais. O Estado é também garante e os particulares são também operadores económicos e consumidores de bens e serviços fornecidos pela atividade económica privada. Estas novas posições relativas dos vários atores em jogo exigem uma reflexão sobre a suficiência dos institutos e conceitos tradicionais.

A posição de garante em que o Estado é instituído representa a subsistência do seu compromisso social e o reconhecimento da sensibilidade da proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Estão hoje afastadas as ideias de que o modelo social depende da instituição de um aparato administrativo hercúleo para prestação de serviços aos cidadãos e de que só provisão pública paternalista almeja a proteção dos direitos económicos, sociais e culturais. Reconhece-se que mesmo os serviços mais intricadamente ligados à dignidade da pessoa humana podem ser confiados à iniciativa privada, sem que tal represente um descomprometimento do Estado. No entanto, importa assegurar a efetividade da responsabilidade estatal, de modo a garantir que aquele descomprometimento, não sendo teoricamente inevitável, se torne empiricamente verificável. A responsabilidade pública de garantia só adquire substância – só representa, de facto, a continuidade do empenho do Estado na promoção do salutar funcionamento dos mercados e de condições de vida condignas – se, da perspetiva dos cidadãos, ela for efetiva. A efetividade a que nos referimos passa, em grande medida, por reconhecer a existência de um direito corresponsivo à obrigação garantística do Estado. Uma vez que a garantia estadual se consubstancia, predominantemente, na regulação dos setores abrangidos, falamos a este respeito num *direito à regulação pública*.

A configuração deste direito enquanto contraface da responsabilidade pública de garantia envolve compreender a absoluta centralidade da regulação pública no novo cenário de divisão entre as tarefas públicas e privadas. A responsabilidade de garantia que individualiza o modelo de Estado que se vem edificando cumpre-se, primordialmente, por meio da regulação pública. Consequentemente, os intentos dirigidos ao Estado no sentido de lhe exigir a assunção das suas responsabilidades e o desempenho rigoroso das suas tarefas são, no fundo, intentos dirigidos a exigir a elaboração, implementação e operação diligente de regimes regulatórios. Na medida em que o incumprimento dos deveres regulatórios que resultam para a Administração tenha como consequência primordial a lesão de posições subjetivas dos beneficiários da garantia pública, haverá que lhes reconhecer um direito subjetivo a exigir o respetivo cumprimento.

CAPÍTULO I – O Estado e o Mercado: a evolução do relacionamento na Europa

1. A “pré-história” do Estado

1.1 O “Estado de Justiça”

Partindo da periodização clássica da História⁵, podemos afirmar que o Estado⁶ nasce já no encaixe do término da Época Moderna. De facto, só com a Paz de Vestefália, em 1648, se sedimenta definitivamente a figura do Estado Moderno⁷ como paradigma internacional.

O período precedente – a Idade Média – é marcado pela ausência de racionalização e institucionalização da vida política: a ideia de um centro organizado de poder que exerce autoridade sobre uma comunidade territorialmente delimitada não havia logrado instituir-se, de tal modo que a organização política da época se caracterizada pela fragmentação, pulverização e subordinação pessoal, características do feudalismo e do regime de vassalagem. O que não prejudicou, todavia, a vigência de um “Estado de Justiça”, caracterizado pela defesa dos direitos adquiridos dos cidadãos nos tribunais. Do que se trata aqui, sublinhe-se, não é da existência de uma estrutura de poder e de normação de natureza pública⁸. Trata-se, pura e simplesmente, da delimitação de um subperíodo em que se verificou a instituição de garantias judiciais tendentes a tutelar as posições jurídicas dos particulares derivadas do direito natural ou comum.

1.2 O Estado Absoluto

O nascimento do Estado Moderno, quase dois séculos volvidos após o alvorecer da Idade Moderna, gerou a constituição de um aparelho formado por servidores e funcionários a quem o monarca incumbia a realização das funções públicas. Começa, desta forma, a edificar-se a Administração Pública. A continuidade e aprofundamento do processo de centralização do poder repercutiu-se na configuração do Estado Moderno enquanto Estado Absoluto, sendo este o período áureo do absolutismo europeu. As influências do iluminismo, com a entrada

⁵ A periodização clássica da História identifica cinco grandes períodos da História Universal: a Pré-História, a Idade Antiga, a Idade Média, a Idade Moderna e a Idade Contemporânea.

⁶ O conceito de Estado é aqui utilizado na sua aceção (jurídico-política) mais ampla, enquanto estrutura de governo de uma dada coletividade referida a um território delimitado.

⁷ O Estado Moderno ou Vestefaliano corresponde ao conceito de “Estado-Nação”, o qual congrega três elementos fulcrais: a soberania, o povo ou nação e o território.

⁸ A ausência de um centro institucionalizado de poder – de um “Estado” – determinou a inexistência de um aparato que pudesse ser classificado como Administração Pública. E, concomitantemente, não se desvelava também neste período uma província do ordenamento jurídico que se possa identificar com a ideia de Direito Administrativo. Não obstante, encontram-se ainda nesta época os embriões da Administração Pública moderna.

na Época das Luzes, permitiram a transmutação do absolutismo dos inícios do séc. XVII em despotismo esclarecido. É neste contexto filosófico-político que se sedimenta definitivamente a Administração Pública, enquanto corpo de funcionários a que incumbia a prossecução das tarefas públicas inerentes aos ideais mercantilistas e de promoção do desenvolvimento cultural da nação que norteavam as políticas dos déspotas esclarecidos. O Estado Administrativo que se formou neste contexto veio a ser apelidado de “Estado de Polícia”, tendo como marca fundamental a ausência de separação entre a Administração e a Justiça⁹. Pese embora ter assistido ao nascimento da Administração Pública, a Idade Moderna não veria nascer o Direito Administrativo, uma vez que a atividade administrativa não se encontrava, à época, vinculada à lei¹⁰.

2. O Estado Liberal

2.1 Enquadramento histórico: o liberalismo e o capitalismo do séc. XIX

As revoluções liberais ocorridas no final do séc. XVIII e início do séc. XIX – cujo paradigma é a Revolução Francesa de 1789 – constituíram o amanhecer de um novo período da História Mundial: a Idade Contemporânea. O liberalismo assumiu-se como reação fraturante ao *Anciën Regime*¹¹, sustentando-se, fundamentalmente, na defesa da liberdade individual (política e económica) – a liberdade e o individualismo foram, então, elevados a máximas supremas.

O intuito de rutura com o Antigo Regime, mormente com os governos despóticos, com o intervencionismo mercantilista e com os privilégios estamentais, determinou a edificação de um novo modelo de Estado: o Estado Liberal. Este era, antes de mais, um Estado constitucional. Remonta ao período liberal o surgimento do constitucionalismo moderno, o qual atribui à Constituição dois objetivos fundamentais: limitar o poder político e proteger os direitos dos cidadãos. Assim, compreende-se que tenha sido no seio do Estado constitucional-liberal que nascem o princípio da separação de poderes e o princípio da legalidade. O poder do Estado deixa de estar concentrado num centro único e passa a ser

⁹ GONÇALVES, Pedro, *Manual de direito administrativo*, Coimbra: Edições Almedina, 2019.

¹⁰ Sobre a ausência de vinculação da Administração à lei e a exceção consubstanciada na “teoria do Fisco”, cf. SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado: serviços de interesse económico geral*, Coimbra: Almedina, 2008.

¹¹ O termo “Antigo Regime” reporta-se ao sistema político, económico e social que vigorou na Europa entre as Grandes Navegações (séc. XV) e as Revoluções Liberais (séc. XVIII), tendo como alicerces a monarquia absoluta, o capitalismo comercial (mercantilismo) e a ordenação social estamental (em classes ou “estados”).

repartido entre a Administração (Poder Executivo), o Parlamento (Poder Legislativo) e os Tribunais (Poder Judicial). Apesar desta divisão do poder, o Estado Liberal assume-se como “Estado de Legalidade”, com o protagonismo a ser claramente atribuído ao Poder Legislativo¹². Esta supremacia parlamentar compreende-se facilmente em atenção ao contexto a que nos reportamos: encontrando-se no cerne do liberalismo o combate ao despotismo, é perfeitamente natural que o protagonismo houvesse de ser reconhecido à nação ou ao povo, enquanto aglomerado de indivíduos que pretendia livrar-se das amarras do poder absoluto e das limitações inerentes à organização social estamental; conseqüentemente, no plano político-organizativo, a superioridade haveria de ser concedida ao órgão composto pelos representantes do povo: o parlamento¹³. O pináculo do exercício do poder público teria de consistir, exatamente, na criação legislativa, enquanto expressão da vontade do povo soberano. Esta supremacia do Legislativo determinou a sujeição estrita dos demais poderes estaduais à lei – emerge, deste modo, o princípio da legalidade. A subordinação da Administração Pública à lei, em particular, significou o nascimento do Direito Administrativo: a Administração Pública passa a estar vinculada a um conjunto de normas legais destinadas especificamente à disciplina da organização e função administrativas.

O Direito Administrativo nasce, então, como “direito especial”, por oposição ao direito comum que regulava as relações jurídico-privadas em geral¹⁴. Por um lado, o Direito Administrativo destinava-se a munir a Administração dos poderes de autoridade (*imperium*) necessários para a consecução das suas tarefas de ordenação social. A fresca memória dos abusos e prepotência do Estado Administrativo “de Polícia” gerou um sentimento de desconfiança face à Administração que justificou a contenção e o balizamento do exercício do *ius imperii*: o exercício de poderes administrativos coercivos ou autoritários haveria de se fundar na lei, não podendo ter lugar na falta de norma habilitadora. Por outro lado, o Direito Administrativo propôs-se ainda a proteger os direitos dos cidadãos face à Administração. Novamente na sequência da recordação azeda dos excessos absolutistas, procurou-se, por intermédio da lei, proteger os cidadãos contra a intromissão indevida do

¹² FREIRE, Antonio Manuel Pena, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid: Editorial Trotta, 1997 afirma, em termos impressivos, que o absolutismo monárquico foi substituído, na era liberal, pelo “absolutismo legislativo”.

¹³ SILVA, João Nuno Calvão da, *op. cit.*

¹⁴ ESTORNINHO, Maria João, *op. cit.*

Estado na sua esfera privada e contra o eventual exercício abusivo dos poderes de autoridade¹⁵.

Além do liberalismo político, cujas repercussões na configuração do Estado e do Direito ficaram sumariamente enunciadas, também o liberalismo económico marcou profundamente a vivência e as conceções político-filosóficas do séc. XIX. O reinado dos valores da liberdade e do individualismo estendeu-se ao campo económico: a liberdade de trocas comerciais e a livre concorrência entre os indivíduos, por oposição ao intervencionismo mercantilista do período anterior, constituíam os alicerces fundamentais da economia de oitocentos. O grande suporte teórico do liberalismo económico brotou d' "A riqueza das Nações", de Adam Smith. Smith avançou com a imagem de uma "mão invisível do mercado", representando a ideia de que o mercado tem capacidade para se autorregular, gerando um equilíbrio natural se as suas dinâmicas não sofrerem interferências externas, *máxime* por parte do Estado. Tal justificar-se-ia na medida em que o mercado é o resultado da atuação dos indivíduos na busca pelo lucro individual e, segundo os economistas clássicos, essa busca individual conduz à formação de relações de interdependência donde resulta o bem-estar geral¹⁶. Neste contexto, a intervenção do Estado era considerada particularmente desestabilizadora, propugnando-se o abstencionismo estatal no domínio económico. Era a época áurea do "*laissez-faire, laissez-passer*", de redução do papel económico do Estado ao mínimo indispensável¹⁷.

2.2 Dicotomia Estado-Sociedade: confrontação e antinomia

O modelo de Estado Liberal foi causa e consequência da instituição de uma cortante dicotomia entre o Estado e a Sociedade. A esfera pública, do Estado, foi assumida como espaço de autoridade e poder; e a esfera privada, da Sociedade, configurada como espaço de liberdade e autonomia. A separação entre as duas foi, neste período, levada às últimas consequências. A esfera do Estado sobrepunha-se de modo perfeito ao domínio da atuação pública, a qual, por sua vez, se confundia com a atuação de interesse público. Por sua vez, a esfera da Sociedade identificava-se de forma plena com o domínio de atuação privada, que

¹⁵ Falando de uma "contradição política fundamental" nos movimentos liberais, que pretendiam, por um lado, limitar o exercício do poder, mas, por outro, legitimar um poder autoritário forte: SILVA, Vasco Pereira, *Em busca do ato administrativo perdido*, Coimbra: Almedina, 2016.

¹⁶ APOLINÁRIO, Marisa, *O Estado regulador: o novo papel do Estado: análise da perspectiva da evolução recente do direito administrativo: o exemplo do sector da energia*, Coimbra: Almedina, 2015. A autora destaca que, apesar das suas convicções dogmáticas, os próprios defensores do liberalismo económico cedo se aperceberam da indispensabilidade de alguma intervenção estatal.

¹⁷ APOLINÁRIO, Marisa, *ibidem*.

coincidia com a atuação de interesse privado. Portanto, o Estado detinha o monopólio dos valores políticos e do interesse público e a Sociedade monopolizava os valores económicos e o interesse individual. Em suma, mais do que a dicotomia Estado-Sociedade, o período liberal originou uma cisão absoluta entre o público e o privado, confinando os atores públicos e privados ao desempenho, respetivamente, de tarefas públicas e privadas; e a natureza pública ou privada das tarefas haveria de ser determinada de acordo com o interesse, público ou privado, que lhes desse arrimo. Este cenário é o resultado necessário da ambiência envolvente: a exaltação do individualismo e da liberdade, surgida como reação à estratificação e opressão anteriores, determinou o levantamento de robustas muralhas em torno do espaço reservado à autonomia privada; e o intuito de controlar o exercício da autoridade, visando obstar aos abusos de outrora, exigiu a delimitação precisa do espaço público, a partir de critérios socialmente aceitáveis. Impõe-se notar que o afastamento completo dos particulares das tarefas públicas e da prossecução do interesse público pode ser perspectivado como “herança” do absolutismo régio, até porque os valores e filosofia liberais não o explicam cabalmente. Se o ideário liberal dá ânimo ao *iter* lógico que justifica o afastamento do Estado da esfera da Sociedade e a identificação da esfera do Estado com o domínio de interesse público, ele já não explica a exclusão dos particulares das tarefas de interesse público. Tal exclusão expressa a vertente autoritária que o Estado Liberal indiscutivelmente continuava a revestir e que herdou do antecessor Estado de Polícia. De facto, subjaz a esta cisão absoluta a ideia de que o exercício do poder público deve estar reservado ao Estado, porquanto nele reside a única fonte de autoridade legítima. Portanto, apesar da instituição de uma nova ordem económica, política e social, a rutura com o passado não foi tão linear quanto parece *prima facie* – constata-se uma certa continuidade de alguns resquícios das perceções moderno-absolutistas¹⁸.

De todo o modo, o período liberal foi responsável pela instituição de uma profunda e nítida separação entre as esferas pública e privada. Porque tal divisão se fundou na desconfiança face ao Executivo, compreende-se que a relação entre as esferas do Estado e da Sociedade se mostrasse imbuída num espírito de antinomia mútua, de confrontação e antagonismo.

¹⁸ APOLINÁRIO, Marisa, *ibidem*. SILVA, Vasco Pereira da, *op. cit.* Destacando que a verdadeira diferença entre o período liberal e o período absolutista é a sujeição da atividade administrativa não sujeita ao Direito Privado a um ramo jurídico especial: ESTORNINHO, Maria João, *op. cit.*

Mais do que a separação entre as duas esferas, o rigor da dicotomia público-privado advinha da ausência de pontes de articulação entre elas.

2.3 Responsabilidades públicas: bipolarização e “Estado Mínimo”

O quadro que tem vindo a ser desenhado repercute-se, naturalmente, no plano das responsabilidades públicas: as obrigações que são atribuídas ao Estado e a respetiva abrangência dependem diretamente da configuração do papel do Estado perante a Sociedade, concretamente, para o que nos interessa, perante o Mercado.

Tradicionalmente, as responsabilidades públicas no campo económico reduziam-se a dois extremos¹⁹. De um lado, a “responsabilidade de base e de enquadramento geral”: compete ao Estado a consagração dos direitos e liberdades dos cidadãos e a estipulação dos limites ao respetivo exercício, assim criando as “condições de contexto” dentro das quais a iniciativa privada se desenvolve e as relações entre particulares se estabelecem. Esta responsabilidade consubstancia-se, fundamentalmente, numa atividade de criação normativa. De outro lado, a “responsabilidade de execução”: o Estado assume a prestação direta de bens e serviços à comunidade, executando diretamente atividades económicas. Diversamente da anterior, esta responsabilidade convoca uma atuação material do Estado, de execução de prestações. Em suma, a intervenção estadual na economia haveria de se reconduzir a um de dois extremos: ou o Estado se limitava a definir o quadro normativo dentro do qual os atores privados atuavam livre e autonomamente; ou o Estado assumia a posição de operador económico, substituindo os particulares na realização de determinadas tarefas. Como se pode adivinhar, numa época marcada pela glorificação da autonomia privada, do individualismo e da liberdade, a responsabilidade pública de execução era bastante limitada, reduzindo-se ao mínimo indispensável: o Estado apenas assumia, por si mesmo, o desempenho de atividades de todo insuscetíveis de atribuição à esfera da Sociedade.

Na senda do que vem sendo apresentado, as missões do Estado foram reduzidas, na época liberal, à proteção e defesa das liberdades individuais e da propriedade privada²⁰ – os

¹⁹ Quanto à categorização das responsabilidades públicas, seguimos os ensinamentos de GONÇALVES, Pedro, *Reflexões...*, *op. cit.*

²⁰ A propriedade era concebida, pelos teóricos liberais, enquanto atributo da liberdade: o exercício da liberdade, num cenário de autodeterminação do indivíduo, haveria de incluir a capacidade de ser proprietário. De outra forma o indivíduo não seria verdadeiramente livre e a iniciativa privada perderia o seu significado, porquanto a propriedade se antolha como instrumento essencial à prossecução do bem-estar próprio. Assim, como destaca Sabino Cassese, a ligação entre a propriedade e a liberdade é estabelecida, de forma mais ou menos expressa,

“direitos naturais” da pessoa humana. Tal significou, por um lado, que o Estado fosse chamado, antes de mais, a criar o quadro normativo fundamental para o exercício desses direitos; e, por outro lado, que a atividade executória desempenhada se limitasse à defesa de facto desses direitos. Esta atividade consubstanciava-se, em primeira linha, na preservação da ordem pública e da segurança, bem como na repressão das agressões aos direitos e liberdades individuais ocorridas no contexto das relações privadas. Era, então, uma atividade fundamentalmente repressiva – daí a designação comum de “Estado guarda-noturno”.

Em síntese, as responsabilidades do Estado Liberal reconduziam-se exclusivamente a dois polos extremados e estavam reduzidas ao mínimo indispensável para viabilizar o exercício livre dos direitos individuais. Assim sendo, o Estado Liberal foi um “Estado Mínimo”, tendo sido este o arquétipo que conformou o campo de ação pública de forma mais limitada. A defesa da autodeterminação individual e a crença acérrima nas virtualidades do mercado exigiram uma presença mínima do Estado na vida social e económica.

2.4 Posições jurídicas particulares tuteladas: os direitos de defesa

O modelo liberal inaugurou a função de proteção de direitos que é reconhecida ao Estado Administrativo. Desde então, entende-se que, ao lado da função de prossecução do interesse público, ao Estado e, em particular, à sua Administração, cumpre a função de proteger os direitos dos cidadãos.

Como bem se compreende, a conformação inicial desta função haverá de ter sido marcada pela ideologia liberal e pelos pilares do modelo que se instituía. O grande núcleo centrípeto do liberalismo consistia no reconhecimento de direitos naturais aos cidadãos²¹, os quais, por estarem inerentes à natureza humana, haveriam de ser respeitados pelo Estado. De facto, a importância atribuída à liberdade, à autonomia e ao individualismo explica-se a partir da ideia de que todos os seres humanos titulam um conjunto de atribuições inerentes a essa qualidade que devem ser resguardadas de quaisquer agressões externas. A própria dignidade da pessoa humana depende da capacidade de cada indivíduo exercer, sem constrições, tais

em todas as codificações oitocentistas. CASSESE, Sabino, «La «vecchia» costituzione economica: i rapporti tra Stato ed economia dall'Unità ad oggi», in CASSESE, Sabino, *La nuova costituzione economica*, 5ª ed., Bari: Editori Laterza, 2017.

²¹ Recorde-se que um dos produtos da Revolução Francesa de valor mais inestimável é a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, que remonta ainda ao ano de 1789.

direitos²². Deste modo, um dos grandes desideratos do modelo liberal era obstar à intromissão do Estado nessa esfera privada.

Fala-se, então, a este respeito, em “direitos de defesa”: direitos que têm como objetivo defender os cidadãos das investidas de terceiros e do próprio Estado na sua esfera pessoal. Trata-se de direitos “negativos”, que convocam uma conduta abstencionista por parte de terceiros (consubstanciam-se na faculdade de pretender que outrem não faça algo).

Os direitos fundamentais liberais eram, então, direitos de defesa, cujo escopo primordial era barricar os cidadãos face à ingerência do poder público e a lesões particulares. Tais direitos não exigiam do Estado qualquer atuação específica; antes, pelo contrário, intimavam-no a abster-se de condutas ativas. Assim sendo, a operatividade destes direitos passava, fundamentalmente, pela ativação dos tribunais em caso de violação. Donde advém que a Administração desempenhava um papel modesto na proteção efetiva dos direitos dos cidadãos²³. A função administrativa de proteção desses direitos reduzia-se às tarefas de polícia, ou seja, à garantia da ordem e segurança públicas. O Estado legislativo assumia a tarefa primordial de regular normativamente os direitos naturais, criando o enquadramento jurídico-legal do seu exercício; e o Estado administrativo haveria de se limitar a garantir o respeito por esse quadro legal. Portanto, a natureza negativa dos direitos tutelados no cenário liberal permite também compreender o reduzido âmbito da responsabilidade pública de execução e a prevalência da responsabilidade de base e enquadramento.

3. O Estado de Serviço Público

3.1 Enquadramento histórico: a Revolução Industrial na viragem para o séc. XX

O modelo que ora nos ocupa constitui um momento intermédio²⁴ no processo de evolução do conceito de Estado, situado entre os dois grandes arquétipos normalmente identificados

²² Foi exatamente da completa desconsideração pela individualidade humana característica do *Ancién Regime*, expressa na prepotência do Estado e na categorização dos indivíduos em classes, que germinou o espírito revolucionário. Compreende-se, por isso, a supremacia atribuída aos direitos individuais no contexto liberal.

²³ GONÇALVES, Pedro, «Regulação pública e proteção administrativa de direitos subjetivos privados», in GOMES, Carla Amado, *et al.*, *Garantia de direitos e regulação: perspectivas de direito administrativo*, Lisboa: AAFDL Editora, 2020.

²⁴ Esta localização do Estado de Serviço Público num ponto de permeio entre o Estado Liberal e o Estado Social justifica a sua não individualização em variados estudos sobre a matéria. Alguns consideram-no simplesmente como a fase final do Estado Liberal; e outros apresentam-no como forma embrionária do Estado Social. O respetivo destaque cumpre, aqui, a função de chamar a atenção para a natureza dinâmica do processo evolutivo da conceção de Estado. Os modelos-paradigmas não se sucedem de forma estanque – é manifestamente redutor apresentar o Estado Social como sucessor do Estado Liberal, porquanto tal levaria a supor que um extremo se haveria sucedido ao outro de forma automática. Verdadeiramente, a História é um

pela doutrina (o Estado Liberal e o Estado Social). De facto, o Estado de Serviço Público surge no período de transição do séc. XIX para o séc. XX, durante o qual os ideais liberais começam a perder a sua rigidez inicial e a desconfiança face ao poder público começa a dissipar-se. Assim, é este o momento em que são lançadas as sementes do que viria a tornar-se o Estado Social.

O liberalismo imperou por toda a Europa desde os finais do séc. XVIII até ao término do séc. XIX. Contudo, ao longo do séc. XIX, assiste-se a importantes alterações no posicionamento do Estado perante a economia, em grande medida determinadas pelas mutações socioeconómicas que se verificavam. De facto, este século ficou marcado pela expansão e consolidação dos resultados da Revolução Industrial, o que gerou um significativo desenvolvimento técnico. Concomitantemente, o crescimento económico acelerou a um ritmo sem precedentes. Tal progresso estendeu-se aos demais domínios da vida em sociedade: a população cresceu exponencialmente, deu-se um avassalador êxodo rural para os meios urbanos, as condições de vida transformaram-se e as necessidades de consumo modificaram-se profundamente. Estas transformações repercutiram-se, como não podia deixar de ser, no posicionamento do Estado face à economia e à própria sociedade. Desde logo, o Estado foi chamado a apoiar o processo de desenvolvimento em curso, sobretudo no campo das infraestruturas essenciais. Multiplicaram-se as obras públicas destinadas à instalação de redes de transportes rodoviários e ferroviários, de sistemas de transportes urbanos, de redes de distribuição de eletricidade, de redes de iluminação... Ademais, o Estado é também convocado a prestar serviços aos cidadãos, uma vez que as transformações verificadas ao nível do consumo geraram novas necessidades coletivas cuja satisfação se considera essencial à dignidade da vida humana. Assim, o Estado constrói e assume a exploração das redes e infraestruturas necessárias, nascendo, desta forma, a figura do “serviço público”²⁵.

Uma vez que o ambiente evolvente é ainda marcado pelos ideais liberais, a presença ativa do Estado nos setores a que nos reportamos haveria de sustentar-se em justificações que não afrontassem a supremacia do mercado e da livre concorrência. Daí que os serviços públicos

processo contínuo de ajustamentos, pelo que a conformação do paradigma do Estado Social foi o resultado de uma paulatina metamorfose do Estado Liberal, sendo identificável um momento intermédio de confluência de características dos dois modelos mais extremados.

²⁵ APOLINÁRIO, Marisa, *op. cit.* realça a ligação fundamental entre o nascimento do serviço público e o domínio público das infraestruturas que serviam de suporte à prestação dos serviços à comunidade.

tenham surgido em setores qualificados como monopólios naturais ou revestidos de interesse vital para a coletividade. Por um lado, os monopólios naturais eram acometidos ao Estado porquanto aí a concorrência não existia e as regras do mercado não funcionavam: na ausência das dinâmicas próprias dos mercados livres, as atividades haveriam de ser desenvolvidas pelo Estado (para evitar abusos entre particulares). Por outro lado, reconhecia-se que muitos dos serviços prestados aos cidadãos com suporte nas redes monopolistas revestiam importância vital para a coletividade, o que justificava a sua atribuição ao Estado²⁶.

Em suma, as convulsões que caracterizaram o séc. XIX resultaram numa reconfiguração do papel económico do Estado: de Estado abstencionista, passou a Estado intervencionista, ainda que, nesta fase, apenas em alguns domínios da economia. O Estado de Serviço Público assume-se, por isso, como verdadeiro operador económico, assumindo o desenvolvimento de determinadas atividades em benefício dos cidadãos²⁷.

3.2 Dicotomia Estado-Sociedade: o despertar da cooperação

A assunção de tarefas de pendor económico por parte Estado acarretou, evidentemente, a recomposição da dicotomia Estado-Sociedade. Não se trata tanto de um esbatimento das fronteiras entre si, mas mais da atenuação da rigidez da divisão entre a esfera pública e privada. Estado e Sociedade permanecem separados, mas a esfera do Estado deixa de se identificar liminarmente com o campo das tarefas de interesse público e a esfera da Sociedade deixa de coincidir cabalmente com o domínio das tarefas de interesse privado. Começa a reconhecer-se que o poder público pode desempenhar um papel importante na satisfação de interesses individuais e que os particulares podem fornecer um auxílio precioso na consecução do interesse geral. Em suma, mantendo-se a dicotomia entre a esfera do Estado e a esfera da Sociedade, uma e outra deixam de deter, respetivamente, o monopólio do interesse público e dos valores económicos. Desenvolve-se paulatinamente um movimento de interconexão entre as duas esferas, que viria culminar, mais tarde, na partilha de tarefas. Este fenómeno de convergência compreende duas vertentes. De um lado, a esfera do Estado deixa de estar confinada ao exercício da autoridade e da coerção em nome do interesse público: a associação Estado-atuação pública-atuação de interesse público deixa

²⁶ Ao conceder-se ao Estado a titularidade das tarefas essenciais para a coletividade assegurava-se, *a contrario*, que o Estado não açambarcava as atividades económicas não vitais, assim se preservando a integridade da esfera privada. Cf. APOLINÁRIO, Marisa, *op. cit.*

²⁷ GONÇALVES, Pedro, *Manual...*, *op. cit.*

agora de contar a história toda. De facto, quando intervém nas vestes de ator económico, o Estado não atua segundo uma lógica de autoridade. E essa atuação já não encontra fundamento na existência de interesses coletivos – *máxime*, a ordem e segurança públicas – que têm de ser tutelados com recurso à coerção. A atividade económica reveste carácter neutro e destina-se a satisfazer necessidades sentidas individualmente por toda a coletividade. Portanto, a intervenção estadual deixa de estar confinada ao exercício do *ius imperii* e admite-se o envolvimento do Estado em atividades típicas da esfera privada²⁸. De outro lado, a esfera da Sociedade deixa de corresponder exclusivamente ao mundo da liberdade e da individualidade, onde imperam valores egoísticos. À época reinava ainda o ideário liberal, pelo que a titularidade pública das infraestruturas e serviços essenciais foi temperada pela entrega da sua gestão a privados. Nasce, assim, a figura da “concessão”, contrato pelo qual o Estado encarregava empresas privadas da instalação de infraestruturas e prestação de serviços essenciais. Por esta via, os particulares concorriam no exercício de tarefas de interesse público, contribuindo para a sua realização.

Conclui-se, então, que o período em apreço é marcado pelo início do movimento de interpenetração entre a esfera do Estado e da Sociedade: a atividade pública contribui para a satisfação de interesses individuais e a atividade privada participa na consecução do interesse coletivo, o que sucede no contexto de relações de cooperação entre as duas esferas. No seio deste movimento nascem dois importantes institutos do Direito Administrativo: o serviço público e o contrato de concessão. Um e outro haveriam de assumir um papel preponderante na evolução da dogmática administrativista seguinte.

3.3 Responsabilidades públicas: bipolarização e expansão das tarefas do Estado

A estrutura bipolarizada das responsabilidades públicas, nascida no seio do liberalismo, haveria de se manter durante quase dois séculos. Não obstante, a conformação concreta das duas categorias de responsabilidades foi sofrendo oscilações.

²⁸ Como se vê, só neste período se inicia verdadeiramente a superação do paradigma autoritário originado pelo absolutismo régio. Nos termos enunciados, o Estado Liberal, apesar de pretender entrar em rutura com a ordem anterior, apresentava ainda alguns resquícios do Estado Absoluto, mormente o pendor autoritário da Administração Pública. Com o intuito de limitar ao máximo o poder estadual, identificou-se a esfera do Estado com o terreno da autoridade, entendendo-se que só aí se justificava a intervenção pública (uma vez que o *ius imperii* tinha necessariamente que ser exercido pelo poder soberano). Somente numa fase mais avançada do séc. XIX estas crenças começam a desconstruir-se, dando aso à intervenção económica do Estado.

No período a que nos reportamos manteve-se a dualidade de responsabilidades públicas. Todavia, diferentemente do que se vinha verificando até aqui, a responsabilidade de base e enquadramento deixa de ser protagonista incontestada. Com efeito, no quadro das mutações socioeconómicas acima expostas, o Estado passa a desempenhar o papel de ator económico, encarregando-se da execução de variadas atividades. Assim, o campo da responsabilidade pública de execução não mais se reduz à atividade administrativa de polícia, donde decorre uma expansão funcional e dimensional do Estado Administrativo ao longo do séc. XIX. No final do século já não fazia sentido falar num verdadeiro “Estado Mínimo”.

A responsabilidade pública de execução abrange, neste período, além das tarefas típicas da “Administração guarda-noturno”, tarefas prestacionais, particularmente no espectro das infraestruturas essenciais²⁹. Inicia-se assim o percurso no sentido da estruturação de uma Administração prestadora, que se viria a afirmar no período subsequente.

3.4 Posições jurídicas particulares tuteladas: os direitos a prestações económicas

A evolução do arranjo relacional entre Estado e Sociedade e das responsabilidades assumidas pelo poder público repercutiu-se na esfera dos particulares: se até aqui se posicionavam no espaço económico apenas enquanto indivíduos (titulares de direitos de liberdade³⁰), nesta época começam a surgir também nas vestes de utentes (utilizadores de serviços públicos).

Com a expansão da responsabilidade pública de execução para campos exteriores à atividade autoritária de polícia, emergem, na esfera dos particulares, posições jurídicas ativas correspondentes. A responsabilidade pública de execução tipicamente liberal consubstanciava-se numa atividade de “defesa” dos direitos (naturais) dos cidadãos. O

²⁹ Nasce neste período a tendência, que haveria de se perpetuar ao longo de grande parte do séc. XX, para considerar de forma unitária a instalação e operação das infraestruturas e a prestação de serviços com suporte nessas infraestruturas. Exemplificativamente, se o Estado assumia a responsabilidade de instalar as redes de transporte e distribuição de eletricidade e a respetiva gestão, haveria de se arrogar também o exercício da atividade de fornecimento de energia elétrica aos cidadãos, porquanto esta última depende do acesso àquelas primeiras. A responsabilidade pública relativa às infraestruturas justificava-se a partir da natureza monopolista do setor, derivada da impossibilidade ou inviabilidade da duplicação de infraestruturas. Já a responsabilidade de prestação dos serviços propriamente dita era assumida pelo Estado em virtude da relevância social das atividades. E, uma vez que esta atividade dependia daquelas infraestruturas, formava-se uma unidade insuscetível de separação, pelo menos no plano da titularidade.

³⁰ A categorização dos indivíduos por referência à titularidade de direitos fundamentais individuais presta-se a abarcar todas as situações em que aqueles intervinham no campo económico: genericamente, todos os cidadãos teriam direito à liberdade e autodeterminação também no plano económico, devendo o Estado abster-se de interferir com o exercício desses direitos; e especificamente, os operadores económicos dispunham da liberdade de iniciativa privada e do direito de propriedade, também oponíveis negativamente ao Estado.

Estado – para o que nos interessa, o Estado Administrativo – não era chamado a desenvolver atividades de *facere* ou de *dare* em benefício dos titulares dos direitos abrangidos pela tutela estadual. Diferentemente, a responsabilidade estadual resumia-se à prevenção e repressão de violações às liberdades individuais, o que se consubstanciava, por um lado, num dever de *non facere*, e, por outro, no dever de impor igual abstenção nas relações entre particulares. Portanto, a única atuação verdadeiramente positiva exigida do Estado tinha como destinatário, não o titular do direito que se intentava proteger, mas sim terceiros que indevidamente perturbassem a integridade desse direito³¹. Neste cenário não se estabelecia qualquer relação bilateral da qual resultasse uma pretensão individual a obter do Estado uma atuação sobre o próprio beneficiário da atividade estadual.

Ora, a expansão da responsabilidade pública de execução para abranger o desempenho de atividades económicas introduz novas variantes neste cenário. Por um lado, neste campo não está envolvido o exercício de poderes de autoridade; e, por outro, a atividade económica desenvolvida pelo Estado Administrativo dirige-se imediatamente ao titular do direito que por essa via se intenta satisfazer. Nesta sede, o Estado não atua sobre terceiros para proteger o direito de outrem; ao invés, desenvolve uma atividade de que usufrui diretamente o titular do direito – há, portanto, um verdadeiro dever de *facere* ou de *dare*. Significa isto que à obrigação pública executória corresponde um direito positivo, e já não um simples direito negativo. O respetivo titular tem a faculdade de exigir do Estado o desenvolvimento de uma dada atividade em seu benefício – o Estado atua sobre o próprio titular do direito. Mais do que uma atividade de “proteção”, é exercida uma atividade de “realização” de direitos³².

Em suma, o novo papel económico do Estado investe os particulares numa nova posição jurídico-pública: além de titulares de direitos negativos ou defensivos, titulam também direitos positivos ou prestacionais. Tais direitos reportam-se, nesta primeira fase, exclusivamente a prestações económicas, enquadrando-se no terreno ocupado pelos serviços públicos: consubstanciam-se na faculdade de exigir do poder público a prestação de serviços económicos essenciais (eletricidade, água, transportes...) em determinadas condições.

³¹ O exposto permite compreender a designação “direitos de defesa” atribuída à primeira “geração” de direitos fundamentais: estão em causa posições jurídico-subjetivas que pretendem barricar o respetivo titular de intromissões externas, independentemente de tais intromissões serem perpetradas pelo poder público ou por particulares. Trata-se de posições jurídicas evidentemente negativas, no sentido de se consubstanciarem na faculdade de exigir de outrem uma abstenção ou omissão. O Estado deveria, neste âmbito, além de manter ele próprio a devida passividade, assegurar que as relações sociais se pautam pelo respeito mútuo pelos direitos individuais de cada membro da coletividade.

³²GONÇALVES, Pedro, «Regulação pública...», *op. cit.*

4. O Estado (Social) Providência

4.1 Enquadramento histórico: os extremismos, guerras e a Grande Depressão do séc. XX

De acordo com o que vem sendo narrado, foi ainda ao longo do séc. XIX que se iniciou o percurso de distanciamento do figurino representado pelo Estado Liberal. Tal percurso haveria de culminar na edificação do arquétipo identificado como “Estado Social”. O Estado de Serviço Público apresenta as primeiras características típicas deste modelo: a intervenção do Estado na economia, a expansão, qualitativa e quantitativa, das tarefas e responsabilidades públicas e a prestação pública de serviços essenciais. O Estado Providência, que lhe viria a suceder, agrega a essas notas as demais características do paradigma social: responsabilização estadual pela garantia das condições mínimas de uma existência condigna a todos os cidadãos e alargamento das responsabilidades públicas à esfera social. Quer isto dizer que todos os processos ocorridos ao longo dos séc. XIX e XX foram determinantes para a construção do modelo de Estado que se tornou padrão europeu até aos nossos dias³³. Por isso mesmo recusamos a identificação da forma assumida pelo aparelho estadual durante a maior parte do séc. XX com a designação de “Estado Social”³⁴. Tal associação parece-nos redutora na medida em que transmite a ideia de que este modelo acabou ultrapassado no final do século. Em bom rigor, o Estado de Serviço Público constituiu a antecâmara do Estado Social e o Estado Providência foi uma das formas que aquele assumiu já numa fase de maturidade. É certo que, se o Estado de Serviço Público ainda não pode ser rotulado como Social (apesar da importância do seu contributo), o modelo instituído no período subsequente já se enquadra nessa classificação. Todavia, também o

³³ O “modelo social europeu” anda frequentemente associado à ideia de “economia social de mercado”, ambos se reportando ao modo de vida e à visão cultural partilhada pelos povos da Europa comunitária. A ideia nuclear é a da confluência entre as soluções capitalistas relativas à produção e as soluções socialistas referentes à distribuição do rendimento – sintetiza-se, assim, a pretensão de conciliação do capitalismo com a justiça social.

³⁴ Estamos com os que entendem que a configuração que o Estado adquiriu durante a segunda metade do séc. XX constitui mais uma *patologia* de um modelo do que um modelo autónomo propriamente dito. Esse carácter patológico deveu-se, exatamente, aos excessos do providencialismo estatal, e não tanto à configuração do Estado como um Estado socialmente comprometido, como um Estado dirigido à criação de condições de bem-estar para os cidadãos, ou como um Estado que reconhece a essencialidade de determinados serviços e, por isso, os sujeita a uma norma especial. Enquanto patologia, o figurino estadual que reúne as características verificadas nos Estados europeus desde o pós-guerra até às décadas de 1980 e 1990 não deve ser identificado com o modelo de Estado Social. De facto, o figurino que se lhe seguiu (aqui designado de Estado de Garantia), é ainda uma espécie do género Estado Social. Para maiores aprofundamentos sobre o carácter patológico do Estado Providência, cf.: LOUREIRO, João Carlos, A “porta da memória”: (pós?) constitucionalismo, estado (pós?) social, (pós?) democracia e (pós?) capitalismo: contributos para uma “dogmática da escassez”, *Revista Estudos do Século XX*, Nº 13 (2013), p. 109-126.

Estado de Garantia haverá de ser catalogado enquanto tal. O protótipo do Estado Social surgiu com sobreposição de um conjunto de notas distintivas que se foram afirmando, mas tem assumido formas concretas variáveis ao longo do tempo. O “Estado Social” corresponde ao *core* de características que se mantém; e as modelações sucessivas dessas características conformam espécies distintas desse género³⁵. A referência individualizada aos subtipos que se têm sucedido pretende realçar os processos específicos que culminaram na conformação atual do relacionamento entre o Estado e a Economia.

Retomando o excuro histórico que temos vindo a efetuar, após a euforia revolucionária que envolveu a industrialização assistiu-se, na viragem para o séc. XX, a fenómenos de sentido inverso. No plano internacional, crescia o neocolonialismo protagonizado pelas potências capitalistas e ex-colonizadoras. Estas políticas imperialistas tornar-se-iam numa das principais causas dos conflitos bélicos ocorridos na Europa, mormente a Primeira Guerra Mundial. No plano interno, o descontentamento social face às paupérrimas condições de trabalho que haviam resultado da Revolução Industrial atingia o seu zénite. O desenvolvimento do Movimento Operário e das ideologias comunistas e anarquistas levariam os Estados ocidentais a criar as primeiras regulações no domínio laboral³⁶. Mais tarde, as deficiências do capitalismo mostravam a sua face com o desencadeamento da Grande Depressão dos anos 1930, considerada o mais longo e pungente período de recessão económica do século.

A Grande Depressão, as duas Grandes Guerras e, em geral, as reivindicações de amplas camadas da população por melhores condições de vida geraram profundas convulsões nas sociedades ocidentais. As consequências devastadoras das guerras e da recessão económica conduziram à deterioração das condições de vida – o desemprego disparou e, com ele, a pobreza disseminou-se. Os cidadãos, descrentes nas capacidades do mercado, viraram-se para o Estado, exigindo-lhe o provimento de tudo quanto fosse necessário ao gozo de uma vida digna. Paralelamente, as próprias condições de vida sofrem mutações significativas,

³⁵ Em termos discordantes, referindo-se a um Estado “pós-social”: SILVA, Vasco Pereira da, *op. cit.* ESTORNINHO, Maria João, *op. cit.*

³⁶ APOLINÁRIO, Marisa, *op. cit.*, p. 45. A autoria destaca, a este respeito, que a primeira “fase” do Estado Social consistiu, exatamente na regulação das relações laborais. A crença na compatibilidade (e, mais do que isso, na dependência) entre a busca individual pelo lucro e o bem-estar coletivo foi o primeiro alicerce da ideologia liberal a ruir, face à miséria extrema a que o operariado foi conduzido em virtude da demanda desenfreada pelo lucro por parte dos detentores do capital.

numa sociedade cada vez mais “técnica” e “de risco”³⁷. Assim, do Estado exige-se cada vez mais e com qualidade cada vez mais elevada, porquanto o próprio desenvolvimento económico-social determinou que as condições de vida consideradas mínimas se elevassem a patamares nunca antes alcançados³⁸.

Em suma, as catástrofes que se sucederam ao longo do século conduziram à inversão do antagonismo com que os cidadãos vinham olhando o Estado. A miséria e devastação trazidas pelo séc. XX desconstruíam por completo a crença na “mão invisível” do mercado, o que deu lugar à divinização do Estado, enquanto entidade capaz de providenciar o bem-estar que o mercado não gerava. A autonomia e liberdade que se exigiam perante o Estado Liberal deram lugar a uma profunda dependência face ao Estado Providência.

4.2 Dicotomia Estado-Sociedade: colaboração e simbiose

A novel crença dos cidadãos nas capacidades do Estado repercutiu-se numa verdadeira revolução no seu relacionamento com a Sociedade.

A dicotomia a que nos temos vindo a referir a este próprio mantém-se³⁹ mas o desvanecimento das barreiras entre a esfera pública e privada, iniciado ainda no seio do Estado de Serviço Público, exponencia-se. Além da postergação da identificação rígida entre a atuação pública e o interesse público e a atuação privada e o interesse privado, assiste-se ao aprofundamento da articulação entre as duas esferas, cujos impactos mais significativos se fazem sentir na esfera estadual. De facto, este é um período de viragem ao nível das preocupações estaduais: a atenção do Estado passa a recair muito mais na satisfação de interesses individuais sentidos por toda a coletividade do que na prossecução do interesse coletivo objetivamente considerado. O que se deveu, em especial, à avocação, por parte do Estado, da responsabilidade de garantir o bem-estar de todos os membros da comunidade⁴⁰.

³⁷ LOUREIRO, João, «Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência: algumas questões juspublicísticas», in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.797-891.

³⁸ Este é, aliás, um processo em curso. Pense-se, exemplificativamente, nas propostas de erigir a Direitos Humanos o acesso à internet e a alimentação adequada. No quadro de um Estado Social de Direito tal fará recair sobre o Estado a obrigação de assegurar aos cidadãos, por exemplo, o acesso universal a um serviço de internet. A nível comunitário existe já regulamentação desse serviço universal, vertida no Regulamento UE 2015/2120, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015.

³⁹ Aliás, acompanhamos Pedro Gonçalves quando propugna ser esta uma divisão insuscetível de superação numa sociedade politicamente organizada. GONÇALVES, Pedro, *Manual... op. cit.*

⁴⁰ O Estado Providência é também frequentemente designado de “Estado de Bem-Estar”, exatamente porque uma das suas marcas mais proeminentes consistiu na respetiva responsabilização pelo bem-estar dos cidadãos, num espírito por muitos classificado de paternalista.

Nestes termos, o Estado desenvolve uma importante tarefa de conformação social, passando a estar presente em praticamente todos os campos da vida em sociedade: fornece bens e serviços económicos, assegura a educação, cria serviços públicos de saúde, institui sistemas de pensões, promove a cultura... Portanto, além dos serviços públicos de pendor económico, que já vinha assumindo no âmbito do Estado de Serviço Público, arroga-se também tarefas de natureza social⁴¹. Sociedade e Estado relacionam-se agora intimamente, num contexto de estreita colaboração⁴². Esta nova articulação entre as esferas pública e privada repercute-se, sobretudo, na expansão da esfera do Estado, com as tarefas públicas a estenderem-se, além da atividade de polícia e da atividade económica, ao campo social em domínios como a educação, a segurança social e a cultura. A colaboração estreita entre Estado e Sociedade e a ampliação da esfera pública repercutiram-se num fenómeno de simbiose, de profunda dependência dos cidadãos face às prestações estaduais.

Cabe notar, a este respeito, que a transmutação verificada acarretou a elevação do Estado Administrativo a protagonista no contexto jurídico-político⁴³. Recorde-se que o Estado Liberal se afirmou como Estado Legislador, na medida em que o Poder Legislativo detinha clara supremacia, subordinando a Administração e os tribunais de forma rigorosa. Ora, o Estado Providência – o Estado Social, genericamente – é, antes de mais, um Estado Administrativo. O Poder Executivo é colocado no centro da vida política, económica e social, pois é a ele que compete desempenhar as funções públicas primordiais, que são agora funções de prestação. Assim se compreende a tendência tentacular das Administrações Públicas e o agigantamento da máquina administrativa.

4.3 Responsabilidades públicas: bipolarização e “Estado Máximo”

No modelo de Estado Providência ainda não se assistiu à alteração da estrutura bipolarizada das responsabilidades públicas. Todavia, no seguimento do processo que já se vinha desenvolvendo, este é o período de maior expansão da responsabilidade pública de execução. O Estado assume a execução direta de uma miríade de atividades, passando a responsabilidade pública de execução a cobrir praticamente toda a vida económica e social.

⁴¹ CASSESE, Sabino, *op. cit.* realça o contributo essencial da (re)compreensão do princípio da igualdade em termos substanciais (e não meramente formais) para a edificação do Estado de Bem-Estar.

⁴² Sobre a centralidade que o contrato adquiriu neste contexto colaborativo, *cf.* ESTORNINHO, Maria João, *op. cit.*

⁴³ A doutrina germânica fala, a este respeito, num “Estado de Administração”. Sobre a questão, *cf.* SILVA, Vasco Pereira da, *op. cit.*

A atividade executória ou prestadora da Administração deixa de ser supletiva em relação à iniciativa privada, assumindo-se até, em muitos domínios, como privilegiada – no campo económico o Estado intervém mesmo em zonas onde há mercado, por se entender que assim melhor se alcançarão os resultados pretendidos. No auge do seu desenvolvimento, o Estado Providência é um Estado dirigista e paternalista, cuja presença, mormente sob a forma de empresa pública, se faz sentir em todo o lado – é um “Estado Máximo”.

4.4 Posições jurídicas particulares tuteladas: os direitos a prestações sociais

O traço mais distintivo do modelo de Estado Social reside na intervenção pública na área da socialidade. Tendo começado por intervir pró-ativamente no campo económico ainda no final do séc. XIX, o Estado estende essa intervenção ao campo social no século seguinte, assim se assumindo definitivamente como Estado Social. Nos termos enunciados, além de chamar a si as responsabilidades inerentes à posição de operador económico, responsabiliza-se por assegurar ou criar as condições necessárias a uma vida condigna. Deste modo, aos serviços públicos económicos vêm juntar-se os serviços públicos sociais, mormente nos campos da educação, saúde, cultura, segurança social e habitação. Os direitos prestacionais que haviam nascido com o Estado de Serviço Público multiplicam-se: além dos direitos a prestações económicas (ex. direito à distribuição de eletricidade), surgem agora direitos a prestações sociais (ex. direito ao ensino)⁴⁴.

Afirmando-se as ideias de universalidade e gratuidade, os cidadãos passam a poder exigir do Estado a criação e organização das estruturas necessárias à prestação dos serviços sociais essenciais (escolas, hospitais, etc.) e o acesso incondicionado a tais serviços. Aos direitos a prestações económicas acrescem, portanto, direitos a prestações sociais.

Esta afirmação definitiva da figura do direito subjetivo público enquanto poder de exigir do Estado prestações ativas acarretou profundas alterações na lógica tradicional dos direitos individuais⁴⁵.

⁴⁴ Cabe destacar que o período a que nos reportamos (particularmente, o pós-Segunda Guerra Mundial) contou com uma vaga de novas constituições, que consagram inovadoramente amplos catálogos de direitos fundamentais. Tais catálogos, a par das liberdades individuais clássicas, consagram também direitos económicos, sociais e culturais, assim conferindo a estes direitos dignidade fundamental. Este fenómeno evidencia, claramente, o empenho dos Estados europeus na socialidade e a difusão da ideia de que sobre o Estado recai a incumbência de contribuir ativamente para a edificação de uma sociedade justa.

⁴⁵ Sobre tais alterações: SILVA, Vasco Pereira da, *op. cit.*

5. O Estado de Garantia

5.1 Enquadramento histórico: o overload das Administrações e a Nova Ordem Mundial na viragem para o séc. XXI

A colonização pública da vida privada e o concomitante crescimento desmesurado das Administrações Públicas culminaram, no final do séc. XX, numa situação insustentável. A multiplicação dos serviços públicos, o agigantamento da máquina administrativa e a atitude paternalista do Estado criaram uma sociedade de indivíduos profundamente dependentes e alheados das questões políticas e económicas, determinaram o aumento contínuo dos impostos e resultaram na ineficiência do funcionamento interno das estruturas públicas. Ademais, o progresso social e económico que se vinha produzindo começa a dar sinais de abrandamento e os Estados evidenciam sinais de má saúde financeira⁴⁶. Face a este cenário, avolumam-se as críticas à omnipresença estadual, à burocracia pública inibidora da iniciativa privada e à falta de responsabilização dos indivíduos pelo seu próprio bem-estar. Nas palavras de Marisa Apolinário, o modelo de Estado edificado ao longo do séc. XX haveria de ser «(...) vítima do seu próprio sucesso.»⁴⁷.

Paralelamente a este quadro que se desenhava internamente, no plano internacional verificava-se também um conjunto de fenómenos que se mostrou determinante para a evolução subsequente do papel do Estado na economia. O imperialismo americano no espaço europeu crescia exponencialmente no contexto da Guerra Fria e o sentimento de pertença cultural que uniu o Ocidente repercutiu-se na criação de inúmeras organizações internacionais e supranacionais, acarretando o estreitamento das relações de interdependência. Mais tarde, a queda do muro de Berlim e a implosão da União Soviética representaram, para muitos, a definitiva prova da falência do modelo socialista. Consequentemente, o capitalismo de tipo americano foi reconhecido como único modelo exequível: o fim do antagonismo entre as duas potências derivado da “queda” de uma delas teve como consequência natural a hegemonia ideológica da outra. Neste contexto, a globalização acelera a olhos vistos e

⁴⁶ Os problemas que se colocavam no horizonte político e económico do final do século eram diametralmente opostos àqueles que se haviam colocado no início: a devastação e miséria que se seguiram às guerras e à recessão económica de 30 levaram os cidadãos a virar-se para o Estado, no qual viram potencial para solucionar todos os males; a prosperidade que se vinha mantendo desde os anos 1960 e as boas condições de vida genericamente partilhadas pelas comunidades levaram muitos a virar-se contra o Estado quando o ritmo do crescimento começou a abrandar, apontando-o como principal causa de todos os (novos) males. Ora, apesar da óbvia antinomia, é possível apontar um fator de permanência: tanto no início como no final do século a preocupação principal era a “falha” do sistema; contudo, enquanto ali essa preocupação se dirigia à “falha do mercado” (*market failure*), aqui reportava-se à “falha do Estado” (*government failure*).

⁴⁷ APOLINÁRIO, Marisa, *op. cit.*, p. 60.

adquire a forma de “americanização” da economia: os ex-países comunistas reergueram-se com base em modelos capitalistas e os países que já apresentavam modelos deste quadrante (designadamente, os países europeus e alguns países asiáticos, como o Japão) aproximam-se claramente do figurino estadunidense.

Toda a conjuntura – interna e internacional – apresentada concorreu para a refundação da confiança no mercado. Por um lado, a crítica aos processos, atuação e organização das estruturas públicas administrativas conduziu à revalorização das dinâmicas do mercado e do seu potencial para realizar o bem-estar coletivo. Por outro lado, a americanização dos sistemas europeus deu aso à ascensão das ideologias neoliberais⁴⁸. A disseminação dos ideais da livre concorrência e funcionamento livre dos mercados deveu-se ainda, entre nós, à construção da Europa comunitária, que, constituindo um espaço de integração profunda, gerou um certo “efeito de contaminação” entre os vários Estados. Esta refundada crença no mercado e na capacidade dos indivíduos para, melhor do que o Estado, gerar a riqueza necessária ao desenvolvimento económico da coletividade precipitou um amplo processo de privatização e liberalização de múltiplos setores económicos sob jugo estadual. No espaço europeu, os fenómenos de privatização e liberalização estenderam-se praticamente a todos os campos da economia, tendo-se mostrado absolutamente determinante o impulso da União Europeia nesse sentido⁴⁹. Em resultado, muitas das atividades que vinham sendo desenvolvidas pelo Estado e qualificadas como “serviços públicos” passaram para a esfera privada, sendo agora desenvolvidas por operadores económicos privados⁵⁰ em ambiente de concorrência⁵¹. Não obstante, a respetiva essencialidade para a satisfação das necessidades

⁴⁸ Neste contexto se enquadram as governações de Ronald Reagan, nos EUA, e de Margaret Thatcher, no Reino Unido, consideradas paradigmáticas da aplicação dos ideais neoliberais no campo da política e economia.

⁴⁹ Basta atentar no caso português para constatar a relevância das imposições comunitárias nesta matéria. Muitos dos processos de privatização e liberalização de setores essenciais, como a eletricidade, as telecomunicações, o gás natural, o transporte aéreo..., ou foram desencadeados em cumprimento de obrigações do Estado português derivadas do Direito da União Europeia ou constituíram uma opção política nacional indiretamente determinada pelas exigências comunitárias.

⁵⁰ Na senda da definição avançada por Pedro Gonçalves, a “privatização” pode definir-se como «transferência de um bem público ou de uma atividade pública para o sector privado» (p. 149). Portanto, trata-se da *despublicatio* de bens ou serviços que, até aí, se encontravam reservados ao Estado. GONÇALVES, Pedro, *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Coimbra: Almedina, 2008.

⁵¹ Pese embora a tendência para a confusão dos conceitos, importa sublinhar que a privatização não corresponde, nem coincide necessariamente, com a liberalização. Por “liberalização” entende-se a abertura de um dado mercado à concorrência, viabilizando-se a operação de vários atores económicos. Noutros termos, está em causa o desmantelamento do monopólio previamente existente no setor abrangido. Compreende-se, então, que privatização e liberalização se não confundam: por um lado, pode proceder-se à privatização da empresa pública que atua enquanto monopolista num determinado setor sem, simultaneamente, o liberalizar – o mercado continua a ser monopolista, mas a empresa detentora do monopólio deixa de ser pública; por outro

básicas da coletividade continua a ser reconhecida, donde advém a criação da figura dos “serviços de interesse económico geral”⁵²: serviços prestados no e pelo mercado, mas que, devido à sua relevância social, estão sujeitos a especial regulação pública⁵³⁵⁴.

Sinteticamente, os anos 1980 e 1990 representaram uma inversão no percurso que vinha sendo trilhado: este é o período áureo das ideias de “emagrecimento” das Administrações Públicas, de *rolling back* do Estado, de desintervenção estadual na economia e de compressão das tarefas administrativas. Em termos simplistas, reivindicava-se menos Estado e mais Mercado.

5.2 Dicotomia Estado-Sociedade: privatização e garantia

Desde o Estado de Serviço Público que a estanque separação entre a esfera do Estado e a esfera da Sociedade se considera ultrapassada, tendo dado lugar, sobretudo no âmbito do Estado Providência, a uma profunda interdependência entre as duas esferas. Ao apogeu da simbiose entre o público e o privado seguiu-se um movimento de sentido contrário, de afastamento das esferas pública e privada. Não se pretendeu, porém, reinstaurar a estanque separação liberal entre Estado e Sociedade, mas antes contrariar a influência hegemónica do Estado sobre a esfera da Sociedade.

As privatizações e liberalizações postas em marcha no final do século acarretaram a reorganização das relações entre o poder público e o espaço privado. No campo dos tradicionais serviços públicos, muitas das atividades que o Estado prestava diretamente aos cidadãos passaram da esfera pública para a esfera privada, sendo agora prestadas no contexto de relações entre particulares. Essa transferência (*despublicatio*) não significou, todavia, que tais atividades passassem a reger-se pura e simplesmente pelas leis do mercado, com total

lado, pode abrir-se um setor monopolista à concorrência sem que, em paralelo, se proceda à privatização da empresa pública que aí atuava em termos monopolistas – o setor é liberalizado, mas nele intervém, ao lado dos atores privados, uma empresa pública. Apesar de representarem realidades diversas, é indiscutível que, entre nós, um e outro fenómenos se têm verificado em simultâneo, devido às características dos mercados visados.

⁵² O conceito de “serviços de interesse económico geral” tem origem no Direito da União Europeia, encontrando hoje, *inclusive*, assento nos textos comunitários fundamentais: art. 14.º TFUE e art. 36.º CDFUE.

⁵³ No campo dos serviços de interesse geral merecem destaque as “obrigações de serviço público”: deveres especiais impostos aos produtores de serviços de interesse geral destinados a assegurar a universalidade, qualidade, acessibilidade e adequação da respetiva prestação. A regulamentação, aplicação e supervisão do cumprimento destas obrigações constitui uma das vertentes essenciais do novo papel económico do Estado, materializando a continuação das preocupações estaduais sociais no domínio do serviço público.

⁵⁴ Mostrando a relação entre o capitalismo tardio e a regulação pública: MARQUES, Francisco Paes, *As relações jurídicas administrativas multipolares: contributo para a sua compreensão substantiva*, Coimbra: Almedina, 2011.

desinteresse do Estado. De facto, os laços entre Estado e Sociedade não são tanto quebrados quanto são redesenhados: aquele, deixando de se posicionar como prestador de bens e serviços essenciais, assume o papel de garante, assegurando que a prestação de tais bens e serviços no mercado decorre em conformidade com a relevância essencial de tais atividades para o bem-estar geral. A simbiose típica do modelo de Estado Providência é substituída pela ideia de garantia – não há uma simples retirada do Estado, tendente a um regresso à cisão liberal; há, isso sim, uma reconfiguração do relacionamento entre as duas esferas, com reconhecimento de maior autonomia à esfera da Sociedade⁵⁵.

5.3 Responsabilidades públicas: superação da bipolarização e intermediação

A privatização das responsabilidades e fins públicos deu origem a um novo paradigma de relacionamento entre o Estado e a Sociedade, radicado na ideia de partilha de responsabilidades⁵⁶. Aqui reside, aliás, a identidade do novo modelo de Estado: a retração e desintervenção do Estado não significou o regresso ao *laissez-faire* liberalista, mantendo-se uma importante nota social. Ressalta neste âmbito, como destaca Pedro Gonçalves, um “princípio de permanência e continuidade das responsabilidades públicas”⁵⁷.

Num ambiente de censura aos excessos do providencialismo, a mencionada continuidade alicerçou-se na emergência de um novo grau de responsabilidade pública: a “responsabilidade de garantia”. Finda, deste modo, a secular bipolarização das responsabilidades públicas. Ao lado da responsabilidade de base e enquadramento, prevalente no modelo de Estado Liberal, e da responsabilidade de execução, cuja expansão se iniciou no Estado de Serviço Público e atingiu o pico máximo no Estado Providência, estabelece-se agora a responsabilidade de garantia, que alavancou a edificação do Estado de Garantia. Esta pode definir-se como a obrigação do Estado de assegurar (garantir) a realização dos fins de interesse público, particularmente em domínios de operação privada⁵⁸. Esta responsabilidade é uma consequência dos processos de privatização e liberalização dos tradicionais serviços públicos. Uma vez que o desencadeamento de tais processos não pretendeu representar um puro regresso ao liberalismo económico, havia que introduzir no

⁵⁵ LOUREIRO, João Carlos, *Adeus... op. cit.*

⁵⁶ GONÇALVES, Pedro, *Reflexões..., op. cit.*

⁵⁷ *Ibidem.*, p. 53-55.

⁵⁸ GONÇALVES, Pedro, «Direito administrativo da regulação», in MIRANDA, Jorge, coord., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 537.

novo modelo uma nota de conservação do compromisso social do Estado. É que a *despublicatio* dos serviços públicos não exclui a sua essencialidade para a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos; e o Estado não pode, pura e simplesmente, desprezar a sua missão de caucionar a satisfação dessas necessidades – até porque o compromisso social do Estado é hoje, em muitos casos, um imperativo constitucional⁵⁹. A articulação destas exigências de sinal oposto – a atenuação da omnipresença estadual na economia e a continuidade do empenho estadual na criação de condições de bem-estar para os seus cidadãos – fez germinar uma responsabilidade pública de tipo intermédio: o Estado não se “bate em retirada”, deixando os cidadãos entregues a si mesmos (responsabilizando-se somente pela criação do enquadramento jurídico que serve de base às relações entre particulares); mas também não continua a providenciar de forma paternalista tudo quanto são serviços de que os cidadãos necessitam (responsabilizando-se na primeira pessoa pela execução de um sem número de atividades). Colocando-se num plano intermédio, o Estado abre mão de tarefas até ali sob reserva pública, mas, onde o interesse público marca particular presença, continua a desempenhar um papel de relevo: o de garantir que os resultados alcançados no mercado se coadunam com a importância social da atividade. Alheando-se dos meios utilizados, que constituem preocupação dos operadores económicos privados a atuar no setor, o Estado cuida de controlar os resultados dessa atuação, exigindo a prestação dos serviços no mercado em determinadas condições. Da perspetiva dos consumidores surge, portanto, como “garante” do bom funcionamento dos mercados e dos direitos dos cidadãos. Em suma, os institutos e instrumentos do Estado Social transmutam-se, levando a que o figurino extremado que este assumiu ao longo do séc. XX (Estado Providência) fosse substituído por um outro, mais equilibrado: o Estado de Garantia. Os tradicionais serviços públicos assumem-se agora como serviços de interesse económico geral, prestados pelo mercado segundo os ditames da livre concorrência. A responsabilidade pública de execução

⁵⁹ Entre nós, apesar da ausência de uma cláusula expressa de consagração do princípio da socialidade, a doutrina e jurisprudência têm vindo a extraí-lo da caracterização constitucional do Estado português como “democracia económica, social e cultural” – art. 2º CRP. A ausência de uma expressa cláusula social explica-se a partir do contexto de elaboração da Constituição de 1976: o texto originário surge ainda num ambiente de fervor revolucionário, donde adveio a consagração, naquele mesmo art. 2º, do intuito de transição para uma sociedade socialista. Ora, o modelo de Estado Social, nos termos em que o apresentámos, pressupõe um sistema de base capitalista e uma economia de mercado. A redação original do art. 2º CRP representou, por isso, a opção do legislador constituinte pela alternativa radical do socialismo económico, em detrimento da opção moderada da economia social de mercado (sistema capitalista com notas socializantes). A normalização política e económica que se seguiu determinou a alteração do art. 2º, entendendo-se esta alteração como a inversão dessa escolha, em afastamento da alternativa radical e no sentido da alternativa moderada representada pelo modelo de Estado Social.

sofre uma compressão significativa⁶⁰, transmutando-se, em muitos domínios, em responsabilidade pública de garantia. E o Estado (*máxime* o Estado Administrativo) já não depende de uma máquina de prestações tão possante. Apesar da permanência da presença estadual na economia, com o intuito de promover o bem-estar geral, a intervenção pública é agora menos sufocante.

5.4 Posições jurídicas particulares tuteladas: os direitos de proteção e a triangulação das relações

O surgimento da responsabilidade pública de garantia repercutiu-se de forma decisiva na reconfiguração das relações jurídico-públicas. No quadro da tradicional bipolarização das responsabilidades públicas, as posições ativas ocupadas pelos cidadãos frente ao Estado reconduziam-se, também elas, a duas categorias: os direitos de defesa e os direitos a prestações. Nos domínios em que o Estado assume tão-só uma responsabilidade de base e enquadramento geral, estabelecem-se somente relações de carácter negativo: aos particulares são reconhecidos direitos que o Estado deve respeitar, abstendo-se de intervenções que obstaculizem o seu exercício livre (dentro do quadro normativo criado). Num plano diametralmente oposto, onde o Estado se responsabiliza pela execução de atividades, são firmadas relações de carácter positivo: aos particulares são reconhecidos direitos cujo exercício pressupõe uma atuação pró-ativa do Estado (de realização de prestações).

A estes dois cenários acresce, com a emergência do Estado de Garantia, um terceiro. Na senda do exposto, no momento *post-privatization* dá-se o nascimento de uma (nova) responsabilidade pública, de tipo intermédio. Esta responsabilidade de garantia dá lugar à “trilateralização” das relações firmadas entre os atores envolvidos na prestação dos serviços essenciais: a relação prestador-utilizador é agora uma relação jurídico-privada (os fornecedores dos serviços são particulares) e cada um dos atores privados envolvidos estabelece, em simultâneo, uma relação com o Estado. Por um lado, o Estado disciplina a atividade económica privada: porque estão em causa domínios tocados pelo interesse

⁶⁰ Sublinhe-se, todavia, que a responsabilidade de execução não foi absolutamente postergada. Na verdade, o Estado continua responsável pela prestação direta dos serviços intrinsecamente sociais. Atividades não económicas como a educação, a saúde, a segurança social... não podem, evidentemente, ser remetidas para a esfera do mercado, na medida em que a ausência de resultados lucrativos repercutir-se-ia no desinteresse da iniciativa privada pelo fornecimento destes serviços. Assim, o serviço público sobrevive e o Estado continua a executar diretamente atividades prestacionais; mas, fundamentalmente, no campo extraeconómico. Além disso, esta responsabilidade operativa mantém-se ainda a respeito das tarefas públicas de natureza administrativa, que, em virtude dessa natureza, têm necessariamente de permanecer na esfera estadual.

público, a produção e fornecimento de bens e serviços não é apenas enquadrada por um regime jurídico genérico (de base e enquadramento), antes sendo alvo de uma regulamentação especial, que, entre outros, impõe aos operadores económicos múltiplos deveres. Por outro lado, o Estado assume-se como guardião da posição dos utilizadores dos serviços face aos respetivos fornecedores: na medida em que estão envolvidas necessidades individuais básicas, ao poder público cabe garantir que os serviços e bens são prestados aos cidadãos em condições consentâneas com as exigências inerentes à sua relevância social. A novidade que ressalta deste triângulo relacional (prestadores-Estado-utilizadores) consiste, então, nos direitos de proteção envolvidos. Por um lado, a proteção concedida aos próprios fornecedores dos serviços, na medida em que, ao regular especialmente cada setor, o Estado protege cada um dos operadores relativamente à concorrência desleal e desenfreada dos demais – garante, por esta via, um “nivelamento do campo de jogo”. Por outro lado, a proteção atribuída aos utilizadores dos serviços, uma vez que a imposição de obrigações excecionais aos operadores económicos e a atividade de supervisão da atividade por estes desenvolvida cumpre a finalidade de garantir a integridade da posição daqueles primeiros enquanto titulares de posições jurídicas fundamentais. A derradeira questão que se coloca neste contexto é a de saber se as posições ativas dos particulares em relação ao Estado gozam de densidade suficiente para se afirmarem como verdadeiros direitos subjetivos – e é exatamente sobre este ponto que nos propomos versar *infra*.

6. Dinâmicas e permanências

O atual modelo de Estado constitui o resultado de um processo dinâmico que se tem desenrolado desde o surgimento do Estado moderno. A exposição desse processo a partir da referência aos vários paradigmas que se sucederam não significa, porém, que essa evolução se tenha consubstanciado em etapas estanques e perfeitamente individualizáveis. Ao invés, as transições caracterizam-se por uma certa fluidez, verificando-se uma clara continuidade ao longo do processo: os traços fundamentais de cada arquétipo continuam presentes no arquétipo subsequente; pura e simplesmente, acrescem-lhes outros que passam a gozar do protagonismo. Há, portanto, um importante fator de permanência que importa não desconsiderar: o Estado de Garantia não deixa de ter um dever de abstenção corresponsivo dos direitos individuais dos cidadãos; e não está desonerado do prestar serviços públicos

onde o mercado não chega... Apesar do dinamismo⁶¹ que constitui marca indelével do figurino estadual, há que reconhecer que, a cada momento, o paradigma que se impõe é também o resultado da conjugação de todos os modelos que o antecederam.

⁶¹ O último estágio da evolução a que nos reportamos, e que se repercutiu na edificação do Estado de Garantia foi, em grande medida, determinado pela influência dominante do arquétipo norte-americano. Fala-se a este respeito, *inclusive*, em “americanização” do paradigma europeu. Como se explanará *infra*, a regulação pública afirma-se como principal instrumento do Estado de Garantia, tendo adquirido tal relevo em virtude das influências providas do outro lado do Atlântico. De facto, os EUA assumem-se como Estado Regulador desde o séc. XIX. Neste âmbito, é curioso notar que a convergência que se tem verificado entre os modelos europeu-continental e anglo-saxónico surge na sequência de percursos diametralmente opostos: ao passo que entre nós a regulação se impõe num contexto de retração da intervenção pública, nos EUA surgiu como instrumento de ampliação das responsabilidades públicas. A ambiência que envolveu o nascimento (independência) dos EUA levou a que o liberalismo ficasse gravado no ADN da cultura estadunidense, assumindo-se como uma convicção quase natural dos cidadãos, mais do que uma mera doutrina político-económica. O poder público e o exercício centralizado de poderes de autoridade sempre foram, por isso, objeto de desconfiança. Porventura mais do que em qualquer outro local do Mundo, nos EUA verifica-se uma fé quase inabalável no mercado e na autodeterminação individual como motores de progresso – a intervenção do Estado é considerada como forma de proteção dos ociosos, obstaculizando o desenvolvimento económico. Porém, apesar desta compreensão ter permanecido irrefutada durante o primeiro século de existência do país (recorde-se que a Revolução Americana, de 1786, foi, cronologicamente, a primeira revolução liberal), também os EUA sentiram, à semelhança do que sucedeu na Europa, o embate da viragem para o séc. XX. A transição de uma economia agrícola para uma economia industrializada desencadeou, nos finais do séc. XIX, as primeiras intervenções públicas na economia. Estas primeiras intervenções são, todavia, encaradas como forma de proteção do próprio individualismo: o Estado atua para tutelar e promover a concorrência, sobretudo por via legislativa. Surgem, assim, as primeiras leis *anti-trust*, dirigidas a controlar a dominância dos monopólios privados e criar condições para a saudável competição entre operadores económicos. É neste contexto que surge a figura das “*public utilities*”, congénere do continental “*service public*”. Este conceito identifica as empresas privadas responsáveis pela prestação dos serviços de interesse vital para a comunidade, normalmente em regime de monopólio – portanto, a diferença relativamente ao modelo europeu-continental reside na natureza privada dos prestadores dos serviços. Essa categorização permitia ao Estado subordinar tais entidades a regulamentação especial, com o objetivo de tutelar o interesse público. Assim, a regulação pública nasce para controlar os monopólios privados existentes no campo dos serviços essenciais. Mais tarde, o *crash* bolsista de 1929 veio pôr em causa, pela primeira vez de forma séria, o ideário norte-americano assente na crença no mercado: a Grande Depressão vinha demonstrar que o livre jogo do mercado não era suficiente para garantir o bem-estar da nação, e podia, *inclusive*, conduzir a cenários de miséria antes inimagináveis. Em consequência, os anos 1930 vieram nascer, pelas mãos do Estado, um conjunto de programas sociais e de esquemas de controlo dos mercados – é o período do “*New Deal*” rooseveltiano, em que se verifica uma expansão da intervenção estadual sem precedentes. O espírito das reformas era o de “salvar o capitalismo de si próprio”, assim evitando a alternativa socialista. Com a dissipação do sentimento de urgência que tinha impelido as medidas de Roosevelt, as vozes críticas do *New Deal* começaram a elevar-se. Sobretudo depois de 1965, quando a economia já se havia restabelecido da guerra, germinam paulatinamente as ideias de “captura” dos reguladores, de arbitrariedade dos administradores e de corrupção dos burocratas. Tem início um movimento de inversão no intervencionismo estadual. A partir de meados da década de 1980, sobretudo em virtude da ascensão da ideologia neoliberal que teve lugar pela mão do presidente Reagan, inicia-se, definitivamente, um movimento reformista de desregulação da economia. O Estado retirou-se de muitos setores económicos, de tal modo que a regulação estadunidense reporta-se hoje, sobretudo, a fatores extraeconómicos (sociais, ambientais, etc.). Apesar desta retração, o Estado norte-americano não mais regressou ao figurino franzino típico do liberalismo puro. De facto, o modelo de Estado Regulador subsiste, embora permaneça aceso o debate em torno da sua estruturação interna. Sobre a evolução do Estado Administrativo estadunidense *cf.*: BREYER, Stephen G., STEWART, Richard B., *Administrative law and regulatory policy: problems, text, and cases*, 3ª ed., Boston: Little, Brown and Company, 1992.

CAPÍTULO II – O Estado de Garantia e a Regulação Pública

1. Conceito de Regulação

1.1 Origens

O Estado de Garantia que se erigiu nos finais do século passado tem como marca indelével a responsabilidade de garantia consubstanciada no dever de assegurar a realização do bem comum. A incumbência pública fundamental neste modelo consiste na garantia de certos resultados, o que implica uma atuação estadual que vai além da mera definição da base e enquadramento legal das atividades privadas, mas que não vai necessariamente até à produção desses resultados. Ora, essa atuação materializa-se, essencialmente, na regulação pública. De facto, a regulação é o instrumento precípua do Estado de Garantia, que, por isso mesmo, é também comumente designado de “Estado Regulador”.

Em sentido inverso ao da experiência norte-americana⁶², o Estado Regulador de Garantia constitui, no nosso horizonte geográfico e político-económico, um recuo: relativamente ao modelo anterior de Estado de Providência, assistiu-se a uma retração da intervenção pública na economia. No terreno dos (tradicional) serviços públicos, aquele que nos ocupa em particular, o mencionado *rolling back* repercutiu-se no abandono de tarefas de prestação de serviços. Neste quadro, a responsabilidade de garantia nasce como forma de gestão das consequências da privatização⁶³. É que o afastamento do Estado decorrente da transferência das tarefas executórias para a esfera do mercado não significou o seu descomprometimento com os resultados obtidos no exercício de tais tarefas⁶⁴. Ao Estado passa a competir “garantir” o correto funcionamento do mercado e a realização dos direitos dos cidadãos, ainda que não seja o responsável pelo exercício propriamente dito das atividades abrangidas. Deste modo, a mencionada retirada do poder público foi compensada com um avanço: a introdução de regulação pública nos setores privatizados. Daí não seja desprovido de sentido

⁶² *Vide supra* nota 61. Nos EUA, a configuração do Estado Administrativo sob as vestes de Estado Regulador cumpriu o desiderato de ampliar a esfera de intervenção pública, constituindo o antecessor do Estado Regulador norte-americano o Estado Liberal mínimo do séc. XIX. A diferença de perspetiva compreende-se na medida em que do outro lado do Atlântico nunca se instituiu, verdadeiramente, um Estado de Serviço Público ou de Bem-Estar, pelo menos nos termos em que é idealizado por cá. As necessidades de conferir um tratamento especial aos serviços de utilidade pública e de proteger os cidadãos foram satisfeitas, logo *ab initio*, com recurso à regulação pública; e não, como sucedeu na Europa Continental, por intermédio da apropriação pública dos serviços essenciais e da multiplicação das prestações sociais fornecidas diretamente pelo Estado aos cidadãos.

⁶³ GONÇALVES, Pedro, «Direito...», *op. cit.*, p. 538.

⁶⁴ É, por isso, particularmente ilustrativa a designação utilizada por Gomes Canotilho para identificar o modelo instituído: “Estado social de regulação”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.

afirmar que o Estado de Garantia cumpre as suas missões primordialmente por intermédio da regulação pública⁶⁵, disciplinando e controlando a atuação dos operadores privados de modo a *garantir* que essa atividade gera resultados consentâneos e promotores do interesse público e bem-estar geral. Em suma, a regulação é a pedra de toque do novo modelo de intervenção pública na economia, constituindo o principal instrumento de garantia ao dispor do Estado.

1.2 Dificuldades de definição

O fervilhar que tem marcado o debate académico e político em torno da regulação verifica-se logo no momento exordial de definição do conceito animador do debate. Mesmo na doutrina estadunidense, que há mais tempo se ocupa da problemática, não se formou ainda um consenso em torno da definição da regulação.

Num polo do espectro situam-se definições amplas, que incluem no espaço regulatório uma multiplicidade de atores, objetivos e instrumentos. Neste âmbito, destaca-se a proposta de Julia Black⁶⁶:

«regulation is the sustained and focused attempt to alter the behavior of others according to defined standards or purposes with the intention of producing a broadly identified outcome or outcomes, which may involve mechanisms of standard-setting, information-gathering and behavior modification».

Em termos próximos, mas mais limitados, Martin Lodge e Kai Wegrich⁶⁷ reúnem no conceito de regulação:

«all forms of intentional use of authority by state and non-state actors to affect a different party».

⁶⁵ Cabe destacar que a responsabilidade de garantia se cumpre por intermédio de outros instrumentos, além da regulação – *vide infra* nota 174. Assim se explica a preferência pela expressão mais abrangente de “Estado de Garantia”, em detrimento daquela de “Estado Regulador”. Ademais, é de ressaltar que as funções do Estado de Garantia não se resumem à responsabilidade de garantia. Na senda do que vem sendo propugnado, o Estado de Garantia é ainda um figurino do Estado Social. Assim sendo, continuam a ser tarefas estaduais a prestação de alguns serviços públicos, designadamente os serviços de caráter social (educação, saúde...). Depois, o Estado continua também a intervir diretamente em algumas áreas económicas onde o mercado se mostra insuficiente ou inadequado (redes de infraestruturas essenciais). E, por fim, continuam a caber-lhe as demais missões típicas do Estado Social: redistribuir a riqueza, tutelar bens jurídicos extraeconómicos, entre outros.

⁶⁶ BLACK, Julia, «Critical Reflection on Regulation», *Australian Journal of Legal Philosophy*, Nº 27 (2002), p. 20.

⁶⁷ LODGE, Martin; WEGRICH, Kai, *Managing regulation: regulatory analysis, politics and policy*, New York: Palgrave Macmillan, 2012, p. 16.

No polo oposto, das definições estritas, encontram-se as significações tradicionais, entre as quais se destaca, pela frequência com que é mobilizada, a de Philip Selznick⁶⁸:

«sustained and focused control exercised by a public agency, on the basis of a legislative mandate, over activities that are generally regarded as desirable to society».

Ainda neste domínio, pode referir-se a noção mais específica exposta por Christopher Decker⁶⁹, que identifica a regulação com o conjunto das intervenções tradicionais na economia e outras formas de intervenção que visam direcionar o comportamento das empresas a operar em setores de utilidade pública no sentido de objetivos sociais e ambientais mais amplos.

Em suma, pode concluir-se, com Baldwin, Cave e Lodge⁷⁰, que as definições comumente apresentadas pelos autores se reconduzem a três categorias (graduadas da mais ampla para a mais restrita):

- a) Conjunto de todos os mecanismos, de origem pública ou privada, que influenciam o comportamento social;
- b) Conjunto de todas as atuações públicas destinadas a influenciar o comportamento económico ou social;
- c) Conjunto de regras autoritárias acompanhadas da implementação de um mecanismo de monitorização e implementação dessas regras.

Na doutrina portuguesa, verificam-se também aceções mais e menos amplas. Pedro Gonçalves⁷¹ destaca a separação entre a atividade de regulação e a atividade regulada:

«intervenção estadual externa (hetero-regulação) na esfera da economia, do mercado e, em geral, das atividades privadas desenvolvidas em contexto concorrencial».

Marisa Apolinário⁷², por sua vez, mobiliza um conceito de regulação material:

«forma de intervenção pública indireta num determinado setor, através da utilização de um conjunto de instrumentos jurídicos e económicos, tendo em vista não só a

⁶⁸ SELZNICK, Phillip, «Focusing Organisational Research on Regulation», in NOLL, Roger, ed., *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley: University of California Press, 1985, p. 363-364.

⁶⁹ DECKER, Christopher, *Modern economic regulation: an introduction to theory and practice*, 1ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 1-10.

⁷⁰ BALDWIN, Robert, *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*, 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1-14.

⁷¹ GONÇALVES, Pedro, «Direito...», *op. cit.*, p. 540.

⁷² APOLINÁRIO, Marisa, *op. cit.*, p. 179-180.

promoção da concorrência, mas também a prossecução de objetivos sociais ligados à satisfação de necessidades coletivas».

Propugnando uma noção mais formal, Calvão da Silva⁷³ define o conceito enquanto:

«o estabelecimento de regras para as actividades económicas (regulamentação), a tutela ou controlo dessas actividades (supervisão) e a aplicação de sanções (...) às infracções, eminentemente administrativas, cometidas pelos agentes económicos.»

Por fim, cabe ainda notar que também os organismos internacionais com interesse na matéria têm procurado delimitar o conceito de regulação. Pela sua relevância nos instrumentos internacionais, importa atentar na formulação avançada pela OCDE⁷⁴:

«imposition of rules by government, backed by the use of penalties that are intended specifically to modify the economic behavior of individuals and firms in the private sector».

Das várias noções apresentadas pode retirar-se um conjunto de traços comuns. Em primeiro lugar, é transversal a ideia de que está em causa uma atividade dirigida a alterar comportamentos – aqui reside, porventura, o âmago da figura. Neste ponto, muitos autores acrescentam ser essa influência dirigida a comportamentos de terceiros (excluindo, desta forma, a autorregulação). Em segundo lugar, está também presente, de forma mais ou menos explícita, em todas as definições apresentadas o entendimento de que essa influência é exercida com referência a determinados *standards* ou critérios previamente fixados. Portanto, trata-se de atuação com respaldo em padrões pré-definidos. Em terceiro lugar, o alinhamento dos comportamentos com esses *standards* tem em vista a finalidade última de alcançar determinados resultados, mormente resultados de interesse público. A estas três notas, que nos parecem embutidas na maioria das significações avançadas pelos autores, acrescentem, em determinadas propostas, outras duas: a natureza pública do ente responsável pela atividade reguladora; e o importante relevo social das atividades reguladas.

Perante este quadro, entendemos ser fulcral trabalhar numa sistematização que confira operatividade aos conceitos. Em termos amplos, podem incluir-se no conceito de regulação todos os mecanismos implementados com o intuito de alterar comportamentos sociais de acordo com *standards* previamente fixados, visando a consecução de certos resultados. No

⁷³ SILVA, João Nuno Calvão da, *op. cit.*, p. 86.

⁷⁴ GLOSSARY OF INDUSTRIAL ORGANISATION ECONOMICS AND COMPETITION LAW, Paris: OCDE, Centre for Co-operation with the European Economies in Transition, 1993, p. 73.

seio deste conceito é possível descortinar diversas (sub)espécies, distinguindo-se, à cabeça, a autorregulação da hétero-regulação e a regulação privada da regulação pública. A autorregulação destaca-se pela coincidência entre o sujeito e o objeto da regulação: o regulador é, simultaneamente, o regulado. Diferentemente, a hétero-regulação é desenvolvida sobre o comportamento de terceiros: o regulador dispõe-se a influir sobre uma atividade desenvolvida por outrem – o regulado. A regulação privada, de que são paradigma os códigos de conduta implementados no seio das organizações empresariais, envolve unicamente atores privados. E a regulação pública, por sua vez, é desenvolvida por organismos públicos, podendo ter caráter estadual ou não estadual. Integra esta categoria, por exemplo, a atividade reguladora levada a cabo pelo Governo enquanto órgão máximo da Administração do Estado (estadual) e pelas Autoridades Reguladoras pertencentes à denominada Administração Independente (não estadual). Uma vez que a atividade pública reveste natureza funcional, estando vinculada à prossecução do interesse público, a regulação pública haverá de ser determinada por motivos de interesse geral – daí que não seja desrazoável delimitar o conceito a partir das duas notas: a natureza pública do sujeito regulador e o interesse geral envolvido nas atividades objeto da regulação.

No contexto da presente dissertação o conceito que nos interessa é o de “(hétero-)regulação pública”, o qual delimitamos a partir dos seguintes elementos: 1) condicionamento de comportamentos de sujeitos privados; 2) de acordo com critérios e *standards* legalmente fixados; 3) dirigido a alcançar certos resultados de interesse público; 4) levado a cabo por entidades públicas; 5) tendo como objeto atividades revestidas de interesse ou utilidade geral. Esta noção – estrita – é exigida pelo raciocínio que vem sendo exposto, de acordo com o qual a regulação surge no momento pós-privatização, assumindo-se como principal instrumento do Estado no cumprimento da sua (nova) responsabilidade de garantia. De facto, a regulação impõe-se, neste cenário, como expediente através do qual o Estado (qualquer ente público) disciplina e controla (fixação de *standards* de atuação) a atividade dos operadores privados (comportamento de terceiros) a atuar em setores anteriormente localizados na esfera pública (atividades de interesse geral), para, desta forma, garantir o bom funcionamento dos mercados e a realização dos direitos dos cidadãos (resultados de interesse público). Portanto, o Estado desempenha o seu papel de garante disciplinando juridicamente a atividades dos operadores privados que produzem bens ou prestam serviços

de interesse geral, de modo a assegurar que essas atividades produzem resultados desejáveis do ponto de vista do interesse público.

O intento de concetualização da regulação pública exige ainda que se atente na tradicional distinção entre “regulação económica” e “regulação social”. Ao passo que a regulação económica tem como finalidade garantir o correto funcionamento dos mercados, a regulação social dirige-se a assegurar a proteção de bens jurídicos extraeconómicos (ambiente, segurança alimentar, saúde pública, etc.) e os direitos dos cidadãos (consumidores). A regulação económica preocupa-se com as falhas e imperfeições do mercado, mobilizando os instrumentos regulatórios tradicionais: restrição do acesso ao mercado, controlo e fixação de preços, garantia do acesso de terceiros às redes, condicionamento do exercício das atividades através de obrigações legais, etc. A regulação social, mais recente, visa a proteção de bens jurídicos não económicos afetados pelo exercício de atividades económicas, com especial destaque para a proteção dos direitos dos cidadãos. Esta é uma distinção mais teórica do que prática, podendo *inclusive* considerar-se superada. Com efeito, de uma certa perspetiva, pode constatar-se que toda a regulação pública carrega sempre, simultaneamente, finalidades económicas e sociais. Tal asserção constata-se com particular clareza no domínio dos serviços de interesse geral. Repare-se: mesmo a regulação de monopólios – utilizada há muito na literatura como exemplo paradigmático de regulação económica – reveste também carácter social, na medida em que o incorreto funcionamento dos mercados ocupados por empresas monopolistas tem efeitos nefastos sobre os direitos dos consumidores e pode lesar outros bens jurídicos. A desregulação do setor permitiria ao monopolista, por exemplo, elevar os preços e, deste modo, excluir uma parcela dos consumidores do acesso a um bem ou serviço sem sucedâneos próximos. Logicamente, a irrazoabilidade desta situação antolha-se de forma mais evidente quanto estão em causa bens ou serviços essenciais.

2. Teorias da Regulação

2.1 Introdução

Se o esforço dogmático de delimitação do conceito de “regulação” se dispõe a responder à pergunta “o que é a regulação”, a elaboração de teorias da regulação intenta responder à questão “para que serve a regulação”. Sabendo *o que é* regular, impõe-se agora indagar: *porquê* (ou *para quê*) regular?

A fragmentação verificada a propósito do conceito de regulação assume proporções ainda mais impressionantes a respeito deste quesito. Com efeito, são inúmeras as teorias da regulação propostas e entre elas verifica-se uma disparidade significativa. Ademais, inexistente uma sistematização consensual das várias teorias, sendo *inclusive* difícil encontrar uma taxonomia partilhada por uma parte abrangente da doutrina. Assim sendo, impõe-se alertar para o facto de a sistematização e taxonomia a seguir convocadas serem unicamente uma sugestão, resultante de um esforço de esquematização das várias construções doutrinárias encontradas e que teve subjacente o intuito de fornecer um quadro coerente e compreensivo. Deste modo, não são tão importantes as designações utilizadas e o modo como elas são categorizadas quanto o respetivo conteúdo e repercussões práticas.

A exposição que se segue parte da *summa divisio* entre teorias normativas e teorias positivas. A distinção entre as duas categorias funda-se no momento de análise que alavanca cada construção⁷⁵: as teorias normativas partem de uma análise *ex ante*, dispondo-se a demonstrar que motivos ou objetivos devem nortear a instituição de regimes regulatórios; as teorias positivas assentam numa análise *ex post*, procurando mostrar empiricamente que fatores efetivamente determinam a existência e conteúdo dos regimes regulatórios. Em termos simplistas, as teorias normativas pretendem explicar a regulação como ela *deve* ser (que finalidades deve servir); ao passo que as teorias positivas a explicam como ela *é* (que finalidades serve de facto, na *praxis*). As teorias normativas são, fundamentalmente, teorias do interesse público: tendo em conta a localização do instituto no campo da intervenção pública, a atividade em que se materializa deve ter como finalidade última a consecução do interesse geral da comunidade. As teorias positivas, por sua vez, assumem uma grande variedade de subespécies, na medida em que existe uma multiplicidade de fatores sociais, organizacionais, políticos e económicos suscetíveis de influenciar o processo regulatório.

2.2 Teorias normativas

a) Teoria tradicional do interesse público

A teoria do interesse público – normalmente rastreada aos estudos de Pigou⁷⁶ – é a teoria clássica da regulação⁷⁷: na sua origem, a regulação começou por ser configurada enquanto

⁷⁵ DECKER, Christopher, *op. cit.*

⁷⁶ PIGOU, Arthur Cecil, *The economics of Welfare*, 4ª ed., London: Macmillan, 1932.

⁷⁷ Merecedores de referência são também os contributos magistrais de Baumol e Arrow: BAUMOL, William, *Welfare economics and the theory of State*, London: London School of Economics and Political Science, 1952.

meio de prossecução de objetivos de interesse público. Recorde-se que as raízes⁷⁸ da regulação remontam às questões laborais saídas da Revolução Industrial e, mais tarde, às consequências da Grande Depressão. Nos termos *supra* expostos, a Depressão dos anos 30 abalou profundamente a crença liberal na mão invisível do mercado e na sustentabilidade do capitalismo desregulado (“selvagem”) da perspectiva do bem-estar coletivo. O *crash* bolsista de 1929 e a recessão económica que se seguiu evidenciaram a existência de importantes imperfeições ou deficiências nas dinâmicas do mercado, responsáveis pela produção de resultados ineficientes e socialmente indesejáveis – as denominadas “falhas de mercado”. A teoria do interesse público germinou no terreno mais amplo da “Economia do Bem-Estar” (*Welfare Economics*). A *Welfare Economics* é uma corrente de pensamento económico que se centra no bem-estar social, propugnando que a intervenção pública na economia só se justifica na medida em que contribua para a sua maximização. Este ramo da teoria económica alicerça-se no conceito de “eficiência”, predominantemente compreendido nos termos do “ótimo de Pareto”⁷⁹. A ideia basilar é a de que o mercado, em condições ideais, gera, por si só, uma situação de equilíbrio que traduz a melhor alocação dos recursos possível, gerando, por isso, o máximo de bem-estar social. Porém, os mercados reais são imperfeitos, produzindo resultados ineficientes. Assim, são as “falhas do mercado” – conceito nuclear da teoria – que justificam a função económica do Estado: a intervenção pública destina-se a corrigir as *market failures*, com o intuito promover a eficiência alocativa e o bem-estar coletivo. A teoria do interesse público constitui uma aplicação destas diretrizes ao campo

ARROW, Kenneth J., «The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation», in Joint Economic Committee, U.S. Congress, *The Analysis and Evaluation of Public Expenditures: the PPB System*, Washington, D.C.: G.P.O., Vol. 1, 1969, p. 47–66.

⁷⁸ Apesar de ser comum localizar temporalmente a implementação de instrumentos regulatórios na Europa continental apenas nas décadas de 1970 e 1980, em bom rigor também por cá a regulação começou por surgir no campo laboral para fazer face à miséria operária dos finais do séc. XIX e inícios do séc. XX. Efetivamente, o fenómeno que apenas brotou nos anos de 80 e 90 foi a importação da regulação *económica*. Até aí, os Estados europeus vinham combatendo as consequências perniciosas do modelo capitalista através de uma via alternativa à regulação pública: a propriedade pública. Portanto, tanto no quadrante norte-americano como no europeu, a regulação nasce da questão laboral. Porém, a doutrina estadunidense destaca esta fonte do instituto com muito maior ênfase porquanto nos EUA esse é um momento de viragem, que marca o nascimento do Estado Regulador, que se viria a expandir grandemente nas décadas seguintes. Diferentemente, na Europa continental a introdução da regulação laboral não foi seguida pela edificação de um paradigma estadual regulador, de tal modo que a regulação só se viria a desenvolver, na prática e na dogmática, décadas mais tarde.

⁷⁹ O conceito de “ótimo de Pareto”, selado por Vilfredo Pareto, representa a situação em que não é possível melhorar a situação de alguém sem prejudicar a de outrem, correspondendo, por isso, ao cenário em que todos se encontram na melhor situação possível. Note-se que o conceito não envolve quaisquer considerações de equidade ou justiça – uma situação pode corresponder à eficiência de Pareto e mostrar-se, todavia, injusta. Numa dada situação, cabe aos decisores optar por uma das várias vias que permitem alcançar essa eficiência, sendo a respeito dessa escolha que questões de equidade e distribuição de recursos se colocam.

particular da regulação: a regulação pública justifica-se como instrumento estadual de correção das falhas do mercado e, portanto, por ser um expediente de realização do interesse público.

Em virtude do seu caráter medular na construção em apreço, a preocupação primeira dos teóricos da teoria do interesse público foi a elaboração de um catálogo das principais falhas do mercado. Entre elas, destacam-se: 1) o monopólio; 2) as externalidades; 3) as assimetrias de informação; 4) os bens públicos; 5) o risco moral; e 6) a concorrência imperfeita⁸⁰.

O monopólio (natural) constitui, porventura, o paradigma⁸¹ do conceito de falha de mercado, porquanto ilustra perfeitamente a realidade que se pretende representar. Surge nos setores em que a concorrência entre vários operadores é ineficiente ou impraticável⁸², resultando na subsistência de um único operador, que domina todo o mercado. Os mercados monopolizados caracterizam-se, portanto, pela existência de um único fornecedor e pela falta de substitutos próximos do produto fornecido; ao que acresce a existência de robustas barreiras à entrada de novos operadores no mercado. Ora, como qualquer ator económico, o monopolista procurará maximizar o seu lucro. Num cenário como o exposto, a ausência de concorrência permitir-lhe-á, diminuindo a produção, restringir a oferta e, desta forma, fixar o preço acima do custo marginal⁸³. Deste comportamento resulta, obviamente, uma perda para o monopolista ao nível do volume de vendas: ao reduzir a produção, com o intuito de diminuir a oferta, o número de unidades vendidas será inferior ao que seria possível. No entanto, o valor dessa perda é ultrapassado pelo ganho obtido com a prática de um preço mais elevado: com a procura a superar a oferta, o preço de cada unidade será superior ao seu custo marginal. Nestes termos, o monopolista procurará fixar a produção e o preço num nível

⁸⁰ A literatura em torno das falhas do mercado é extensa. Entre outros, cf. ASQUER, Alberto, *Regulation of Infrastructure and Utilities – Public Policy and Management Issues*, London: Palgrave Macmillan, 2018. BREYER, Stephen G., STEWART, Richard B., *op. cit.* CONFRARIA, João, *Regulação e concorrência: desafios do século XXI*, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica, 2011. DEN HERTOOG, J.A., «Review of economic theories of regulation», *Discussion Paper Series*, Utrecht School of Economics: Tjalling C. Koopmans Research Institute, Vol. 10, Nº 18 (2010). LODGE, Martin; WEGRICH, Kai, *op. cit.* MAJONE, Giandomenico, *Regulating Europe*, London; New York: Routledge, 1996.

⁸¹ Aliás, lembre-se que a regulação económica nasce, nos EUA, para controlar os monopólios privados que se haviam instituído nos setores dos serviços essenciais em torno das grandes infraestruturas.

⁸² Os setores monopolistas caracterizam-se, em regra, pela existência de economias de escala de grande dimensão e/ou pela impossibilidade, física ou económica, de duplicação de infraestruturas. Nestas condições, os investimentos associados ao desenvolvimento da atividade são de tal modo elevados que o seu ressarcimento só é possível se o fornecedor dominar todo o mercado correspondente.

⁸³ O *custo marginal* corresponde ao custo da produção de mais uma unidade. Num mercado de concorrência perfeita, a maximização do lucro é obtida com a equiparação entre custo marginal, preço e receita marginal, porquanto a concorrência impele as empresas a procurarem produzir o máximo de unidades ao menor custo possível, o que lhes permite fornecer o bem ao preço mais baixo.

de ótima maximização do lucro, em que a diferença entre o ganho obtido com o aumento de preço e a perda derivada da redução da produção é a maior possível. Este lucro extraordinário (comumente designado de “renda monopolista”) representa, todavia, uma significativa perda de eficiência, geradora de efeitos nefastos para a sociedade. Fala-se, a este respeito, em “*deadweight losses*”: com os mesmos recursos seria possível produzir mais unidades, o que representa uma ineficiência alocativa que acarreta elevadas perdas sociais. A produção reduzida e os preços elevados repercutem-se numa transferência de rendas económicas dos consumidores para o monopolista, completamente injustificada do ponto de vista económico. Uma vez que estes resultados impactam negativamente o bem-estar coletivo, a intervenção do Estado antolha-se necessária para fomentar a eficiência na alocação dos recursos. Tal intervenção pode repercutir-se na criação artificial de condições de concorrência, conduzindo à liberalização do mercado, ou no condicionamento jurídico da atuação monopolista⁸⁴, sobretudo através da fixação de preços.

A existência de externalidades associadas ao exercício de determinadas atividades económicas constitui também uma importante falha do mercado. Em termos simplistas, as externalidades podem ser definidas como efeitos ou consequências laterais da atividade económica que não são suportadas por quem delas tira proveito. Neste conceito incluem-se tanto externalidades positivas como negativas, sendo ambas pedras na engrenagem do mercado. As externalidades negativas correspondem aos custos inerentes à atividade económica que recaem sobre terceiros e não são suportados pelo respetivo produtor. Por outras palavras, são prejuízos que afetam ou os demais operadores do mercado, ou determinados grupos de consumidores ou a população em geral e que não são compensados pelo operador económico responsável pela atividade geradora. Uma vez que o produtor não se vê forçado a compensar o prejuízo causado, o custo correspondente não é levado em conta no preço atribuído ao bem ou serviço, donde decorre que se produzirá maior quantidade desse bem ou serviço do que é desejável, porquanto o respetivo preço é inferior ao seu verdadeiro custo social. As externalidades positivas, por sua vez, consistem em ganhos gerados pelo exercício de uma atividade económica que beneficiam terceiros e pelos quais

⁸⁴ Sem prejuízo da ineficiência alocativa gerada, há fatores que justificam a subsistência de alguns monopólios (privados). Em alguns setores a introdução de concorrência não é, pura e simplesmente, possível. Noutros, o monopólio pode mostrar-se benéfico para a prossecução de objetivos extraeconómicos, nomeadamente desígnios ético-morais, de qualidade dos produtos, de continuidade e segurança do fornecimento... Cf. LODGE, Martin; WEGRICH, Kai, *op. cit.*

estes não têm de compensar o respetivo produtor. O facto de os beneficiários não serem compelidos a remunerar o produtor pelos benefícios obtidos em virtude da atividade por ele exercida significa que o preço do bem ou serviço será mais baixo do que a respetiva utilidade social, o que determinará uma produção inferior ao desejável. São exemplos paradigmáticos de externalidades negativas e positivas, respetivamente, a poluição⁸⁵ e a água potável⁸⁶. A regulação pública impõe-se, neste âmbito, com o intuito de compensar a falta de correspondência entre o valor real do bem e o preço fixado pelo mercado – pode traduzir-se na fixação de limites quantitativos (veja-se, por exemplo, a regulação ambiental) ou na subsidiarização ou outras formas de incentivo ao desenvolvimento de determinadas atividades (assim sucede, nomeadamente, nos serviços de interesse geral). A regulação dirige-se à “internalização” dos custos.

A boa informação é um requisito essencial do correto funcionamento dos mercados, pelo que as assimetrias informativas constituem também uma falha do mercado. Consideram-se assimetrias de informação as discrepâncias entre o conhecimento detido pelos fornecedores de bens e serviços e os respetivos consumidores. O seu potencial disruptivo decorre da propensão dos produtores para utilizar a vantagem informativa de que dispõem para se beneficiarem à custa dos consumidores, comportando-se de forma abusiva. Por norma, os consumidores não dispõem de toda a informação relevante acerca das características dos produtos, necessária para a tomada de decisões de consumo conscientes. Esta desinformação pode decorrer quer da mera falta de divulgação quer da complexidade técnica da matéria. Ao que acresce ainda, as mais das vezes, o elevado custo que a obtenção de informação representa para os consumidores, desincentivando essa investigação⁸⁷. Neste contexto, a

⁸⁵ As atividades industriais, por exemplo, geram elevados níveis de poluição atmosférica. Contudo, o preço dos bens finais não representa, espontaneamente, o custo social da poluição envolvida no respetivo processo de produção. Os industriais procuram implementar os processos produtivos menos dispendiosos disponíveis, desconsiderando o maior impacto ambiental que lhes esteja associado. Desta forma transferem o custo da poluição para a sociedade, produzindo maior quantidade de gases poluidores do que produziriam se tal custo recaísse sobre a própria produção (porquanto tal os impeliaria a investir em novas tecnologias, menos poluidoras).

⁸⁶ O preço do serviço de distribuição de água às populações repercute tão-só os custos da atividade de fornecimento do bem aos consumidores. Porém, a utilidade retirada do serviço de distribuição de água não é tão-só a correspondente à utilização do bem água; há também significativos benefícios obtidos do acesso a água potável no plano da saúde pública e da segurança alimentar, entre outros.

⁸⁷ A informação é, em si mesma, um produto, alvo de trocas num mercado próprio. Todavia, o mercado de informação é altamente imperfeito: os consumidores têm interesse em obter informação mas não dispõem de meios para suportar os custos inerentes e/ou não estão dispostos a pagar por um bem (a informação) que, quando disponibilizado, pode ser usufruído por todos sem custos adicionais (coloca-se o problema dos *free-riders*). Na falta de procura, o bem informação não é fornecido e os operadores económicos conseguem utilizar essa lacuna em seu proveito. Cf. BREYER, Stephen G., STEWART, Richard B., *op. cit.*

regulação pública cumpre a função de atenuar o fosso entre a informação detida pelos produtores e a conhecida pelos consumidores, permitindo a estes últimos tomar decisões informadas do ponto de vista dos preços, da qualidade e da segurança dos produtos. Esta finalidade é prosseguida, mormente, por intermédio de obrigações de rotulagem, proibições de utilização de certas substâncias, publicações de estudos comparativos e outras pesquisas informativas, etc.

Uma outra falha do mercado há muito tratada pela doutrina diz respeito à produção de bens públicos. A caracterização dos bens públicos parte de duas notas: a não rivalidade e a não exclusividade. De um lado, os bens públicos distinguem-se por não apresentarem a nota da rivalidade: a sua utilização por um consumidor não impede a utilização por parte de outro⁸⁸ (por ex. a utilização de um passeio por um transeunte não obstaculiza a utilização por outro). De outro lado, os bens públicos caracterizam-se ainda por não serem exclusivos: não é possível restringir a sua fruição a quem se disponha a pagar uma contraprestação⁸⁹ (por ex. o aproveitamento da iluminação das ruas não pode ser circunscrito aos sujeitos dispostos a pagar um preço por esse serviço). Face a esta caracterização é evidente a conclusão de que o mercado dificilmente produzirá bens deste tipo: os operadores económicos não têm interesse em fornecer bens públicos porquanto nenhum consumidor estará disposto a pagar por um bem de que pode usufruir sem proceder a esse pagamento. Na medida em que tais bens revestem relevância social, o Estado intervém para assegurar o seu fornecimento na ausência de mercado. Esta intervenção pública pode consubstanciar-se na prestação direta de bens e serviços ou na regulação da atividade dos operadores privados encarregues dessa prestação. Neste último caso, a regulação pública permitirá instituir mecanismos que obriguem ao pagamento individual em contrapartida da fruição do bem – são, portanto, instituídas contribuições obrigatórias. Exemplos paradigmáticos de bens públicos são a segurança nacional, a iluminação pública, as vias rodoviárias... Uma outra categoria de bens que deve ser convocada nesta sede é a dos “bens de mérito”, que, podendo ser incluídos num conceito amplo de bens públicos, apenas apresentam a nota da não rivalidade, e já não a da não exclusividade – trata-se de bens cujo consumo por parte de um consumidor não prejudica o consumo dos demais mas cuja disponibilização pode ser restringida. Quanto estes bens

⁸⁸ Esta nota impede a fixação do preço do bem de acordo com o custo e a utilidade marginal, que são dinâmicas fundamentais do funcionamento do mercado.

⁸⁹ Coloca-se aqui o problema dos “*free-riders*”: por ser impossível excluir determinados consumidores da fruição do bem, não existe forma de “obrigar” os que pretendem usufruir do bem a pagar por ele.

assumam especial importância social (por ex. piscinas, parques, autoestradas...), a regulação pública cumpre a função de obstar a que os respetivos fornecedores instituíam restrições desproporcionadas ou desrazoáveis ao seu acesso.

Constitui também um exemplo clássico de falha do mercado o risco moral (*moral hazard*). Fala-se em “risco moral” quando os indivíduos apresentam maior propensão para correr riscos não usuais ou excessivos por atuarem num ambiente que lhes dá confiança de que tais riscos não se materializarão em danos. O risco moral coloca-se, sobretudo, no mercado dos seguros: um indivíduo segurado terá mais tendência para adotar comportamentos de risco, pois sabe de antemão que, ocorrendo um acidente, terá suporte financeiro para lhe fazer face. Face a este quadro, os operadores económicos a atuar no setor tenderão a não segurar todos os bens ou património dos segurados e mesmo a não segurar quaisquer bens em determinadas circunstâncias. Sendo socialmente necessário segurar tais situações, há aqui espaço para a intervenção do Estado. Esta intervenção poderá consubstanciar-se, mais uma vez, ou numa prestação pública direta (concretizada na criação de sistemas previdenciais públicos) ou na regulação da atividade de seguros desenvolvida por entidades privadas (considere-se o exemplo do seguro da responsabilidade civil automóvel, obrigatório para todos os veículos). Uma outra falha de mercado que esteve na origem das primeiras leis reguladoras é a concorrência imperfeita. Em mercados concorrenciais é normal que, apesar do elevado número de concorrentes, determinados operadores consigam criar reputação e fidelizar clientes com base na inovação, na qualidade ou na diferenciação do produto. Nestes casos, é também normal que esses operadores consigam praticar preços acima do custo marginal – a receita extraordinária corresponde ao valor da diferenciação. Diverso deste cenário é aquele outro em que a prática de preços elevados (e outros comportamentos anómalos numa economia de mercado) se deve unicamente ao conluio entre operadores, possibilitado pela elevada concentração do setor. Pode, de facto, suceder que uma indústria seja ocupada por um número reduzido de operadores, permitindo a cada um exercer um poder significativo sobre o mercado e interagir estrategicamente com os demais. Esta concertação entre operadores com grande poder de mercado produz resultados semelhantes aos verificados nos monopólios, incluindo a elevação dos preços acima do custo marginal sem que tal se justifique pela diferenciação dos produtos oferecidos. É com o objetivo de obstar à verificação de tais efeitos, socialmente indesejáveis, que surgem as denominadas leis de

defesa da concorrência⁹⁰. Neste âmbito, a intervenção regulatória do Estado destina-se a salvaguardar a livre concorrência, reprimindo as operações de concentração, os acordos de limitação da concorrência e os abusos de posição dominante.⁹¹

Além das falhas de mercado elencadas, cujo destaque se justifica pela sua predominância na *praxis* e pela sua transversalidade a praticamente todos os setores da economia, muitas outras podem ser identificadas, não pretendendo o catálogo exposto ser taxativo.

Além das falhas do mercado, e na sequência dos ditames da *Welfare Economics*, a regulação pública tem também sido justificada por referência a interesses públicos de natureza político-social. Além da garantia do bom funcionamento do mercado, estar-lhe-á também inerente o escopo de proteção de valores extraeconómicos. É que a correção das falhas de mercado, promovendo a eficiência, não fomenta, necessariamente, a equidade e justiça social. Portanto, ao lado da correção das falhas do mercado, surge a justiça (re)distributiva como finalidade dos regimes regulatórios. Só assim a regulação pode ser compreendida como meio de concretização da democracia e da cidadania⁹², essenciais para o verdadeiro bem-estar.

b) Teoria progressiva do interesse público

A conclusão segundo a qual a mera existência de uma falha de mercado justificaria a introdução de regulação pública, na medida em que esta lograria corrigir eficientemente tal deficiência, cedo se tornou alvo de criticismo, sendo qualificada como utópica⁹³. Em

⁹⁰ As *antitrust laws* estadunidenses constituíram os primeiros instrumentos regulatórios económicos a ser implementados. Remonta a 1887 a publicação daquela que é considerada a primeira lei de defesa da concorrência: o *Interstate Commerce Act*. Apesar da sua precedência temporal, este diploma não teve o mesmo impacto que o *Sherman Act*, de 1890, que veio, ainda no séc. XIX, regular matérias como a fixação de preços e a divisão dos mercados operadas por acordo entre operadores económicos dominantes.

⁹¹ Não é consensual na doutrina a inserção do direito da concorrência no terreno da regulação pública. De facto, há quem institua, nesta sede, uma distinção fundamental entre intervenção pública na economia *ex ante* – que corresponde à regulação – e *ex post* – que consiste no direito da concorrência. Segundo este entendimento, o direito da concorrência assume-se como alternativa à regulação pública, porquanto os mecanismos de uma e outra se mostram, de certa perspetiva, antagónicos: a regulação funciona preventivamente (antes da ocorrência do resultado indesejado), ao passo que o direito da concorrência se aplica sucessivamente (após a verificação do dano); a eficácia da regulação reside na imposição de regras substantivas de conduta, enquanto a eficácia do direito da concorrência assenta na ameaça de sanções, que impelirá os sujeitos a abster-se de certas condutas; a regulação proíbe ou condiciona ações, já o direito da concorrência proíbe resultados. Cf. DECKER, Christopher, *op. cit.*

⁹² LODGE, Martin; WEGRICH, Kai, *op. cit.* alertam para o facto de a regulação ser um expediente através do qual se decide que tipo de sociedade se pretende construir, o que a torna um campo propício a conflitos e divergências.

⁹³ Pertinente, a este respeito, é a “teoria do segundo melhor”, de acordo com a qual o objetivo de tornar determinado setor da economia mais eficiente (porquanto aí se verifica uma falha) não se repercute na maior

resposta a esta crítica, a teoria do interesse público robusteceu-se, fundamentalmente em resultado dos trabalhos da Escola Progressiva da Análise Económica do Direito (*New Haven School of Law and Economics*)⁹⁴. Diferentemente da teoria original, esta nova vertente reconhece que a regulação envolve custos de transação e informação, pelo que a sua justificação radica na comparação entre os custos que lhe subjazem e os custos do funcionamento livre do mercado imperfeito. Portanto, estas novas compreensões não assumem que a regulação é perfeita; defendem, isso sim, que, na presença de falhas de mercado, pode ser, comparativamente, a instituição *mais* eficiente para as corrigir. Em suma, a base da teoria consubstancia-se na análise comparativa das instituições disponíveis para alocar os recursos no mercado, procurando demonstrar que a regulação se justifica por ser a mais eficiente⁹⁵.

2.3 Teorias positivas

A emergência de teorias positivas da regulação dá-se na sequência das críticas às teorias normativas que começaram a brotar nos anos 1950/60. Multiplicaram-se à época os estudos empíricos sobre a regulação, que vieram trazer à luz a inexistência de um vínculo necessário entre a instituição de regimes regulatórios e a existência de falhas de mercado: verifica-se regulação em domínios onde não se identificam falhas de mercado evidentes; e há setores afetados por falhas de mercado onde não foi instituída regulação. Ademais, constatou-se que, mesmo onde a regulação coincide com falhas do mercado, as medidas regulatórias implementadas nem sempre se mostravam eficazes na consecução dos objetivos de interesse público prosseguidos⁹⁶. Face a este cenário, entendeu-se ser fulcral sair do plano normativo

eficiência da economia como um todo, já que as interferências aí introduzidas têm repercussões (nefastas) noutros setores. Cf. LIPSEY, R. G.; LANCASTER, Kelvin, «The General Theory of Second Best», *The Review of Economic Studies*, London: Oxford University Press, Vol. 24, Nº 1 (1956/1957), p. 11-32.

⁹⁴ Destacam-se os trabalhos de ORGUS, Anthony, *Regulation: legal form and economic theory*, Oxford: Hart Publishing, 2004. ROSE-ACKERMAN, Susan, «Progressive Law and Economics – And the New Administrative Law», *The Yale Law Journal*, Nº 98 (1988), p. 341-368. NOLL, Roger, «The Political Foundations of Regulatory Policy», *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 139, Nº 3 (1983), p. 377-404.

⁹⁵ Impõe-se sublinhar que estas teorias renovadas do interesse público se mostram mais compreensivas que a teoria tradicional. Admitem que, em circunstâncias concretas, a regulação possa não ser a instituição que mais eficientemente aloca os recursos, devendo, nessa hipótese, proceder-se à desregulação do setor. Portanto, admite-se que os custos sociais inerentes à falha do mercado sejam inferiores aos custos sociais resultantes da regulação, caso em que é preferível não regular.

⁹⁶ Destaca-se o estudo revolucionário de Stigler e Friedland sobre a eficiência da regulação, em particular no setor elétrico. FRIEDLAND, Claire; STIGLER, George J., «What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity», *The Journal of Law and Economics*, Vol. 5 (1962), p. 1-16. A propósito da comparação entre a

e procurar trazer a teoria da regulação para o plano positivo. Tal salto permitiu observar que as teorias normativas da regulação partem de um conjunto de pressupostos que nem sempre se confirmam na *praxis*⁹⁷: 1) os reguladores atuam com base em boa informação; 2) o interesse público é um conceito unívoco e consensual; 3) o processo político-legislativo permite transpor automaticamente o interesse geral para os atos legislativos; 4) os atores políticos e os reguladores dispõem de instrumentos que lhes permitem implementar efetivamente as suas decisões; 5) os burocratas e os reguladores são razoáveis e benevolentes, orientando altruisticamente a sua ação no sentido do interesse público. Na ausência de verificação destas premissas, conclui-se que a regulação não é (apenas) normativamente determinada, devendo, por isso, ser positivamente compreendida. Esta nova perspectiva deu origem a uma grande heterogeneidade de teorias da regulação, que a procuram explicar, não no plano do “*dever-ser*”, como produto normativo, mas no plano “*ser*”, como resultado positivo da ambiência em que é criada e implementada.

a) Teoria da escolha pública

Recordando o *supra* enunciado, a teoria do interesse público da regulação floresceu no seio da Economia do Bem-Estar, cujos pressupostos e conclusões principais são estritamente económicos (o que se repercutiu na natureza puramente normativa da teoria clássica da regulação). Ora, a construção da Escolha Pública (*Public Choice*) surge, exatamente, como crítica à *Welfare Economics*, arguindo que esta corrente teórica, ao se alicerçar tão-só em postulados económicos, ignorou os aspetos políticos necessariamente envolvidos. Porque a intervenção pública é determinada por decisão coletiva, os seus efeitos hão de depender, em grande medida, dos processos (políticos) seguidos para definir a ação coletiva. O modo como o Estado opta por atuar sobre o mercado é o resultado de escolhas políticas; e estas escolhas, mesmo tomadas no seio de instituições democráticas, reconduzem-se sempre a ações individuais (porque as instituições são compostas por indivíduos). O aspeto medular da *Public Choice* é, então, o cruzamento dos métodos e construções da economia e da ciência política⁹⁸, donde resultou a construção do conceito de “falha pública/estadual” ou “falha de

regulação e outros instrumentos, cf. POSNER, Richard A., «Taxation by Regulation», *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, Nº 1 (1971), p. 22-50.

⁹⁷ DECKER, Christopher, *op. cit.* BALDWIN, Robert, *op. cit.* ASQUER, Alberto, *op. cit.* MAJONE, Giandomenico, *op. cit.*

⁹⁸ A teoria da escolha pública socorre-se do método da microeconomia – o individualismo metodológico – para apreciar problemas típicos da ciência política – sistemas eleitorais, modelos de decisão democrática, influência

governo”. A ideia de *government failure* vem contrapor-se à de *market failure*: ao passo que a *Welfare Economics* demonstrou que o mercado falha na consecução da eficiência alocativa capaz de produzir bem-estar social, a *Public Choice* veio demonstrar que também o Estado falha no seu intento de corrigir as falhas do mercado para alcançar essa eficiência. Este potencial de fracasso estadual deve-se, segundo os teóricos da *public choice*, à natureza do comportamento dos atores políticos⁹⁹. Uma vez que as decisões políticas se reduzem a escolhas tomadas coletivamente por indivíduos, o enfoque do estudo deve direcionar-se para o comportamento individual. O grande postulado da teoria da escolha pública é, então, o de que os atores políticos se comportam como atores económicos, caracterizando-se a sua conduta pela racionalidade instrumental e pelo egoísmo: os agentes públicos, como *homo oeconomicus*, escolherão sempre as ações adequadas a concretizar os objetivos prosseguidos, e esses objetivos tendem a consistir na promoção de interesses pessoais. As características da ação individual aliadas à imperfeição do “mercado” político – que, à semelhança do mercado económico, se caracteriza por assimetrias de informação, abusos de posição dominante, etc. – permitem concluir que nem sempre a intervenção pública se repercutirá na maximização do bem-estar social. Em suma, a *Public Choice* veio expor os problemas da ação coletiva, demonstrando que a função económica do Estado é orientada por interesses egoísticos e não por uma construção idílica do que é o interesse público¹⁰⁰, havendo, por isso, margem para *government failure*. Tanto o Estado como o mercado falham, donde decorre que a única via de promoção do bem-estar é comparar circunstancialmente os custos sociais da intervenção pública e do livre funcionamento do mercado, com o intuito de optar pela solução menos gravosa¹⁰¹.

A origem desta construção reside num conjunto de obras clássicas publicadas entre os finais dos anos 50 e o início da década de 60 por Duncan Black, James Buchanan e Gordon Tullock, Mancur Olson, Kenneth Arrow, Anthony Downs e William Riker. Nos seus estudos iniciais, nenhum destes autores se debruçou em especial sobre a regulação pública. De facto,

de grupos de interesse... E, no sentido inverso, convoca as conclusões extraídas desse juízo para o campo económico, assim enquadrando o relacionamento do Estado com a economia.

⁹⁹ Para uma explicação mais detida acerca do comportamento individual no plano político, cf. PEREIRA, Paulo Trigo, «A teoria da escolha pública (*public choice*): uma abordagem neoliberal?», *Análise Social*, Vol. 141, Nº 2 (1997), p. 419-442.

¹⁰⁰ Importa referir que a teoria da escolha pública não recusa liminarmente a possibilidade de os interesses egoísticos dos atores envolvidos coincidirem com o interesse geral. Esta é uma questão a jusante dos quadros gerais apresentados pela teoria, desenvolvida pelas suas diversas ramificações.

¹⁰¹ PEREIRA, Paulo Trigo, *op. cit.*

a teoria da escolha pública é uma construção dogmática que extravasa o campo da regulação pública, mas que influenciou decisivamente sobre a teorização da matéria, podendo, *inclusive*, considerar-se como a alavanca da viragem doutrinal das teorias normativas para as teorias positivas. De facto, é em torno da analogia entre o processo político e o mercado, da compreensão da decisão coletiva como resultado do comportamento individual e do conceito de *government failure* que as teorias do interesse privado da regulação se desenvolvem. Como ficará claro, todas elas se desenvolvem a partir da ideia de que as políticas regulatórias são produto das trocas entre os atores envolvidos no processo político-administrativo.

b) Teorias do interesse privado

A categoria ora individualizada apresenta elevada heterogeneidade, não sendo esta rotulagem consensual na doutrina. Optamos por reunir sob a designação “teorias do interesse privado” todas as construções dogmáticas que explicam a regulação pública, não como instrumento de prossecução do interesse público, mas como expediente de satisfação interesses privados (que lograram influenciar as decisões políticas)¹⁰².

A teoria mais proeminente dentro deste tipo é a teoria económica, da autoria de George Stigler¹⁰³. A premissa fundamental desta conceção é a de que a regulação apenas existe para favorecer a indústria regulada. De entre os vários grupos com interesse na regulação, a própria indústria (o conjunto dos operadores a atuar no setor) é a que se encontra melhor colocada para conseguir efetivamente influir sobre o processo decisório. Tal vantagem deve-se a duas ordens de fatores: por um lado, uma vez que a regulação afeta especialmente os operadores atuantes no setor regulado (muitas vezes impondo-lhes deveres e condicionando a sua atividade), há maior propensão para que estes se organizem; por outro lado, tais operadores dispõem dos específicos recursos que os responsáveis políticos e os reguladores procuram (cargos em empresas, apoio a campanhas políticas, etc.). Portanto, a concentração de interesses dentro das indústrias facilita a mobilização e coordenação de esforços necessárias para efetivamente influenciar os processos decisórios; semelhante organização

¹⁰² As teorias do interesse privado, reportadas ao domínio específico da regulação pública, podem ser assumidas como uma concretização da teoria da escolha pública: partem da ideia de concorrência de interesses privados no processo político e propõem-se a explicar que interesses, e de que forma, determinam *a final* as decisões regulatórias.

¹⁰³ STIGLER, George J., «The theory of economic regulation», *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, Nº 1 (1971), p. 3-21.

não é expectável em torno de outros interesses, como os dos consumidores ou cidadãos em geral. A isto acresce, segundo Stigler, o facto deste enviesamento dos regimes regulatórios produzir benefícios políticos superiores aos custos sociais gerados. Os benefícios produzidos pelas medidas regulatórias são elevados, pois distribuem-se exclusivamente pelos (poucos) operadores económicos do setor – cada beneficiário retira uma grande parcela dos ganhos; já os respetivos custos mostram-se relativamente reduzidos, na medida em que se fragmentam por um número elevado de consumidores – cada consumidor sofre uma perda individual que corresponde a uma parcela ínfima dos custos globais¹⁰⁴. A conclusão primordial do autor é, portanto, a de que a regulação é resultado da captura dos reguladores pela indústria regulada. A ideia de “captura” é, por isso, o elemento nuclear da teoria de Stigler, sendo até alternativamente designada de “teoria da captura”¹⁰⁵.

A teórica económica da regulação de Stigler foi, posteriormente, adensada e aperfeiçoada¹⁰⁶. Destacam-se, em primeiro lugar, os contributos de Peltzman¹⁰⁷. A novidade capital introduzida pelo autor reside em admitir que a regulação não é apenas influenciada pela indústria regulada, expressando também outros interesses. Uma das críticas mais incisivas à teoria de Stigler residia, exatamente, na sua inaptidão para justificar, por exemplo, os processos de desregulação e os regimes regulatórios desfavoráveis às entidades reguladas.

¹⁰⁴ Martin Lodge e Kai Wegrich apresentam o seguinte exemplo ilustrativo: a imposição de uma barreira alfandegária às importações beneficia grandemente os produtores domésticos, que assim podem praticar preços mais elevados (na ausência da concorrência externa) e obter uma renda final global muito superior; e tal medida acarreta para os consumidores, individualmente considerados, um custo insignificante, na medida em que para cada um a diferença do preço pago não é extraordinária. Imagine-se que a medida em apreço permite o aumento do preço do bem em 1€. Cada consumidor suportará somente a perda de 1€. Contudo, num universo de um milhão de consumidores, tal significa, para a indústria, uma receita extraordinária de 100.000.000€. Numa indústria concentrada, em que atuam somente 2 ou 3 grandes empresas, tal poderá repercutir-se, para cada uma, num ganho até 500.000€. Não é expectável que os consumidores se organizem para contestar uma medida regulatória que lhes causa uma perda de 1€; mas é altamente expectável que uma indústria com elevada concentração se organize e empenhe esforços para obter uma medida deste tipo. Cf. LODGE, Martin; WEGRICH, Kai, *op. cit.*

¹⁰⁵ Em bom rigor, a teoria da captura remonta a um conjunto de estudos desenvolvidos na área da ciência política cujo escopo fundamental foi o estudo dos atores políticos enquanto “maximizadores de votos”. Esta premissa permitiu extrair conclusões interessantes quanto ao papel que os grupos de interesse podem ter na formação das políticas públicas, num contexto de troca de votos por medidas favoráveis. No entanto, estas propostas não podem ainda ser assumidas como teorias da regulação, na medida em que não intentaram explicar os fenómenos, mas apenas expô-los. Cf. BENTLEY, Arthur F., *The process of government*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1967. TRUMAN, David B., *The governmental process: political interests and public opinion*, 2ª ed., New York: Alfred A. Knopf, 1971.

¹⁰⁶ A teórica económica da regulação desenvolveu-se, fundamentalmente, no seio da célebre “Escola de Chicago”: George Stigler é considerado, a par com Milton Friedman, o “pai” da Escola de Chicago e as extensões que foram introduzidas na teoria que formulou são da responsabilidade de autores que seguiam essa mesma escola de pensamento.

¹⁰⁷ PELTZMAN, Sam, «Towards a More General Theory of Regulation», *Journal of Law and Economics*, Vol. 19, Nº 2 (1976), p. 211-240.

Nesta sede, Peltzman procurou introduzir na teoria novos elementos, que permitissem contornar essa acusação. Propugnou que a regulação haverá de ser um resultado compromissório, procurando os reguladores alocar os benefícios regulatórios entre produtores e consumidores, assim maximizando a utilidade política da sua intervenção. Portanto, os regimes regulatórios não atendem somente aos interesses da indústria, mas também, embora de forma mais marginal, aos interesses dos consumidores, porquanto alguns grupos de consumidores também conseguem organizar-se eficientemente. Desta forma, além do apoio da indústria, os atores políticos granjeiam também apoio social. Em suma, os reguladores procurarão implementar uma “regulação eficiente”¹⁰⁸, que lhes permita obter o máximo apoio político. Para tal haverá que regular de modo a alcançar um equilíbrio ótimo entre o apoio granjeado com a proteção da indústria e os votos arrecadados em virtude da concessão aos interesses dos consumidores.

Além de Peltzman, também Becker¹⁰⁹ procurou dar resposta a uma (outra) crítica reiterada à conceção de Stigler: a teoria económica não explica porque é que a regulação recai especialmente sobre setores monopolizados e não sobre mercados concorrenciais. Becker centrou-se na competição entre o que designou de “grupos de pressão”: os grupos de pressão cuja influência política é mais eficiente conseguem provocar uma transferência de riqueza a seu favor, por intermédio da regulação. Esta transferência de riqueza dos grupos menos eficientes para os mais eficientes gera “*deadweight losses*”, correspondentes à diferença entre os ganhos colhidos pelos beneficiados com o viés do regime regulatório e as perdas daí resultantes. Quanto mais as perdas transcendem os ganhos menor o peso relativo da influência do grupo beneficiado, porquanto a pressão exercida pelo grupo prejudicado aumenta. Consequentemente, há uma propensão da regulação para a eficiência: o benefício da indústria regulada só se justificará, em termos políticos, enquanto os custos sociais provocados não forem substancialmente superiores ao benefício proporcionado à indústria. Nos mercados eficientes, a introdução de regulação para beneficiar a indústria representaria perdas para os consumidores clamorosamente superiores aos ganhos obtidos pelos regulados¹¹⁰. A transferência de riqueza operada por via da regulação tem, portanto, um

¹⁰⁸ DEN HERTOOG, J.A., *op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁹ BECKER, Gary S., «A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence», *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 98, Nº 3 (1983), p. 371–400.

¹¹⁰ A teoria de Becker estabelece uma ponte interessante entre a teoria normativa e a teoria positiva: a regulação tenderá a localizar-se nos setores onde se impõe um aumento da eficiência – setores que apresentam falhas de mercado –, na medida em que aí as *deadweight losses* serão menores (os prejudicados não sofrem danos tão

importante limite: a pressão compensatória exercia pelos grupos com menor capacidade de influência política direta. Esta pressão será maior nos setores do mercado em que as perdas para esses grupos são maiores – os setores onde o mercado tende a melhor funcionar.

Além da teoria económica, outras teorias do interesse privado têm sido avançadas. Pela sua singularidade, interessa atentar na proposta de Marver Bernstein¹¹¹. O autor constrói a sua teoria a partir da análise do ciclo de vida da regulação, introduzindo um original elemento dinâmico. A primeira etapa desse ciclo (“nascimento”) corresponderia à decisão de regular determinado setor, precipitada por reivindicações do público por especial proteção em face dos efeitos do exercício desregulado de certa atividade. Numa segunda fase (“juventude”), a experiência da indústria coloca-a em vantagem, permitindo-lhe contornar e manipular o regime regulatório, assim frustrando os respetivos objetivos. Na terceira fase (“maturidade”), os reguladores já adquiriram experiência suficiente para obstar à manipulação do regime regulatório pelos regulados, o que compele estes últimos a procurar pressionar e influenciar aqueles primeiros, para desta forma obter as vantagens pretendidas. Na quarta fase do ciclo (“velhice”) assiste-se, por fim, à captura dos reguladores pelos regulados. Destarte, o autor compreende a regulação como um processo dinâmico, em que a preponderância dos interesses públicos sentida *ab initio* se vai desvanecendo, até dar lugar ao domínio de interesses privados, mormente dos interesses da indústria.

Outra elaboração da teoria dos interesses privados foi avançada por James Q. Wilson¹¹², em crítica à premissa fundamental de que apenas interesses organizados conseguem influenciar o conteúdo da regulação. O autor notou que nem todos os regimes regulatórios produzem benefícios concentrados e custos difusos¹¹³. Para o demonstrar, apresentou um quadro de cruzamento entre os fenómenos de difusão e concentração e os benefícios e custos da regulação, do qual resultam quatro cenários possíveis. Num primeiro cenário tanto os custos

elevados porque o mercado já é, por si mesmo, ineficiente); mas, localizando-se nesses setores, não procurará maximizar a respetiva eficiência, antes atendendo preponderantemente aos interesses da própria indústria.

¹¹¹ BERNSTEIN, Marver H., *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton: Princeton University Press, 1955.

¹¹² WILSON, James Q., *The Politics of Regulation*, New York: Basic Books, 1980.

¹¹³ Recorde-se que a teoria económica parte, exatamente, da premissa de que os benefícios advenientes do enviesamento da regulação são concentrados (dividindo-se apenas entre um reduzido número de operadores) quando comparados com a difusão ou fragmentação dos custos correspondentes (repartidos por um elevado número de consumidores).

como os benefícios da regulação são difusos, o que conduzirá a uma política majoritária (em que impera a vontade da maioria). Um segundo cenário reporta-se às hipóteses em que os custos e os benefícios da regulação são concentrados, caso em que tenderá a instituir-se uma política de grupos de interesse (que procurará atender em simultâneo aos interesses dos vários grupos envolvidos). Em terceiro lugar, poderá também verificar-se um cenário em que os custos da regulação são concentrados mas os benefícios difusos, falando o autor, a este respeito, numa política empreendedora. O quarto cenário apresentado refere-se às situações em que os benefícios da regulação são concentrados, ao passo que os respetivos custos são difusos, verificando-se uma política clientelista. Estes diversos cenários permitem compreender a existência de regulação em setores estruturalmente muito diferentes e a sua configuração muitas vezes tão díspar¹¹⁴. De acordo com Wilson, os grupos de interesse (caraterizados pela concentração) não são a única influência da regulação.

A construção de Wilson pode ser enquadrada numa categoria mais ampla designável de “teorias da escolha pública da regulação”¹¹⁵. Estas teorias destacam-se das anteriores e aproximam-se da geral teoria da escolha pública porquanto sustentam que nem só interesses organizados em grupos influenciam as políticas regulatórias. Ao invés de tomar como assente a captura dos reguladores por determinados grupos de interesse¹¹⁶, estas conceções dedicam-se a estudar as interações reais entre todos os atores envolvidos (burocratas, consumidores, produtores, políticos, eleitores...), as suas motivações e os mecanismos utilizados para realizar trocas entre esses sujeitos.

c) Teorias institucionais

As teorias positivas não têm como foco exclusivo a influência de interesses privados sobre a regulação. Uma outra vertente destas formulações coloca o foco sobre o contexto

¹¹⁴ Exemplificativamente, contraponha-se a regulação com objetivos puramente ambientais à regulação traduzia na restrição do acesso a determinada indústria: aquela produz benefícios difusos e custos concentrados; ao passo que esta gera benefícios concentrados e custos difusos.

¹¹⁵ Outras propostas que explicam a regulação também como instrumento de satisfação de interesses genéricos (e não apenas de interesses especiais de certos grupos circunscritos) são avançadas por LEVINE, Michael E.; FORRENCE, Jennifer L., «Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis», *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 6, Special Issue: Papers from the Organization of Political Institutions Conference (1990), p. 167-198. DERTHICK, Martha, QUIRK, Paul J., «Why the Regulators Chose to Deregulate», In NOLL, Roger G., ed., *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley: University of California Press, 1985, p. 200-231.

¹¹⁶ As teorias *supra* expostas são, fundamentalmente, teorias de grupos de interesse: explicam a regulação como resposta a determinados interesses particulares de um grupo restrito, e nunca por referência a interesses difusos.

institucional em que nascem os regimes regulatórios. Segundo esta perspectiva, mais do que atender a interesses (públicos ou privados), a regulação é consequência do desenho e das dinâmicas intra e interinstitucionais.

A conjugação dos ensinamentos das teorias do interesse público e do interesse privado permite extrair duas ilações: 1) a regulação *deve* prosseguir objetivos de natureza pública, caracterizados pela sua elevada tecnicidade; 2) os reguladores podem ser *capturados* por interesses particulares. Consequentemente, as estruturas regulatórias deverão de representar um compromisso entre independência e *accountability*¹¹⁷: por um lado, a prossecução do interesse público neste campo particular aconselha à impermeabilização das decisões regulatórias relativamente a considerações de política geral – os reguladores deverão de gozar, por isso, de algum grau de independência; por outro lado, a ausência de responsabilização política exponencia a possibilidade de particulares grupos de interesse influenciarem de forma decisiva a atividade regulatória – por isso, deverão de ser instituídos mecanismos de *accountability* que permitam um controlo dessa atividade. Segundo os defensores das teorias institucionais, a concreta fórmula de articulação destas duas exigências influi de forma categórica sobre os regimes regulatórios. Essa fórmula resultará da abordagem adotada quanto a determinados elementos dos sistemas regulatórios, designadamente: as assimetrias de informação entre os envolvidos, o comprometimento credível das partes, a responsabilização dos atores, a distribuição do poder entre as instâncias políticas e as entidades reguladoras, a distribuição de recursos...

Murray Horn¹¹⁸ centra a sua análise institucional na escolha legislativa: propugna que são as escolhas efetuadas pelo poder legislativo que, ao configurarem o arranjo institucional concreto, desencadeiam todas as dinâmicas determinantes do conteúdo da regulação. O autor elenca um conjunto de fatores que considera cruciais no desenho de cada sistema regulatório: custos de comprometimento, probabilidade de revogação futura das escolhas iniciais, custos de funcionamento e controlo das entidades reguladoras e custos de decisão. As decisões político-legislativas a respeito destes aspetos determinarão, em cada caso, os objetivos reais prosseguidos por intermédio da regulação. Horn desenvolve a sua teoria em torno do

¹¹⁷ DEN HERTOOG, Johan, *op. cit.*

¹¹⁸ HORN, Murray, *The Political Economy of Public Administration: Institutional Choice in The Public Sector*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

conceito de “decisão racional”, entendendo que as decisões que concorrem na configuração das estruturas regulatórias – e, por conseguinte, influem decisivamente sobre os fins alcançados com a regulação – antolhar-se-ão como racionais, ou não, consoante as características do setor regulado, o enquadramento político e as perceções dos atores.

Os estudos de Pablo Spiller e Brian Levy¹¹⁹ constituem também um importante contributo neste campo. Os autores avaliam a regulação pela lente da teoria económica dos custos de transação¹²⁰, procurando demonstrar que o modo como os processos regulatórios neles influem pode exponenciar ou minorar a probabilidade de captura dos reguladores. Nesta linha, os autores defendem que a *performance* regulatória dependerá, mais do que dos concretos processos seguidos, da instituição dos seguintes mecanismos complementares: 1) restrições substantivas à discricionariedade dos reguladores; 2) restrições, formais ou informais, à alteração do sistema regulatório; 3) existência de instituições que assegurem o cumprimento de facto tais restrições. A isto acresce, segundo o estudo empírico levado a cabo, que a limitação da discricionariedade regulatória está imediatamente ligada à diligência e eficiência do poder judicial. A conclusão primordial veiculada é a de que o sucesso das políticas regulatórias na consecução de objetivos de interesse público depende da implementação de uma estrutura de governação regulatória adequada a restringir a atividade administrativa arbitrária e a fomentar o investimento privado; e essa adequação depende da forma como a estrutura criada se “encaixa” nas instituições políticas do país.

Em suma, cabe concluir notando que as teorias institucionais representam uma “lufada de ar fresco” na dogmática da regulação. Transportam em si a esperança de que o problema da captura e da influência dos interesses privados na regulação possa ser minorado ou eliminado; de que é possível aproximar os sistemas regulatórios positivos do ideal normativo de utilização da regulação para tutelar o interesse público.

¹¹⁹ LEVY, Brian; SPILLER, Pablo T., «The institutional foundations of regulatory commitment: a comparative analysis of telecommunications regulation», *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 10, Nº 2 (1994), p. 201-246.

¹²⁰ Para estes efeitos, os custos de transação da regulação são os custos inerentes à negociação, elaboração e implementação de um regime regulatório.

d) *Teorias ideacionais*

A última categoria de teorias positivas da regulação a que nos reportamos congrega as construções dogmáticas focadas nas ideias, isto é, que destacam a importância do enquadramento ideológico, valorativo e cultural que envolve a regulação. Estas teorias contestam as demais arguindo que os atores intervenientes no espaço regulatório não atuam somente de forma estratégica (em vista de interesses públicos ou privados), sendo a sua atuação determinada pelo respetivo quadro de referência, conformado pelas ideias dominantes¹²¹.

A conceção mais completa e robusta situada neste quadrante dogmático é a teoria cultural dos grupos, criada pela antropóloga Mary Douglas¹²² e aplicada ao domínio regulatório por autores como M. Thompson¹²³ e C. Hood¹²⁴. O alicerce desta teoria reside na ideia de que no coração de cada regime regulatório se encontra uma concreta “visão do mundo”. Cada visão do mundo corresponde a entendimentos diferentes sobre a natureza do mundo e as relações de causa-efeito, o que leva à defesa de soluções diversas para os problemas sociais e, conseqüentemente, à sustentação de perspectivas políticas diferentes. A teoria individualiza quatro visões do mundo opostas entre si¹²⁵. O “fatalismo” é a visão segundo a qual o controlo é exercido por processos imprevisíveis, donde advém a sua inerente falibilidade. A “hierarquia” consiste na visão que defende o controlo a partir da instituição de soluções

¹²¹ Os movimentos de viragem regulatória desencadeados entre 1970 e 1990 – primeiro nos EUA e depois na Europa – são comumente equacionados desta perspectiva. Nem a desregulação estadunidense (e, com contornos diferentes, europeia) nem instituição do Estado Regulador na Europa se podem justificar (pelo menos de forma cabal) pelas ideias de prossecução do interesse público ou de captura dos reguladores, nem tão-pouco pelas dinâmicas institucionais. O período identificado caracterizou-se pela ascensão dos ideais neoliberais e pela revalorização do mercado. Foi sobretudo a primazia destas tendências ideológicas e a conseqüente dominância dos respetivos corolários no ambiente intelectual e académico que deram aso às mutações políticas e sociais ocorridas. De facto, quer a desregulação, quer os processos de privatização e liberalização, resultaram de opções políticas fortemente arraigadas às ideologias imperantes (de novo, considerem-se em particular os governos de Reagan e Thatcher, bem como a sua influência no resto do Ocidente).

¹²² Cf. DOUGLAS, Mary, *Natural Symbols. Explorations in Cosmology*, Routledge: New York, 1970. DOUGLAS, Mary; WILDAVSKY, Aaron, *Risk and Culture: An Essay on the Selection of Technological and Environmental Dangers*, University of California Press, 1982.

¹²³ THOMPSON, Michael; ELLIS, Richard J.; WILDAVSKY, Aaron, *Cultural Theory*, Boulder: Westview Press, 1990.

¹²⁴ HOOD, Christopher, «Control over Bureaucracy: Cultural Theory and Institutional Variety», *Journal of Public Policy*, Vol. 15, Nº 3 (1995), p. 207-230.

¹²⁵ As visões do mundo apresentadas pela teoria resultam do cruzamento do grau de verificação de dois critérios: 1) vinculação às regras (*grid*); 2) pertença ao grupo (*group*). As conjugações possíveis são, como anunciado, quatro: elevada vinculação a regras e reduzida pertença a um grupo (fatalismo); elevada vinculação a regras e elevada pertença a um grupo (hierarquia); reduzida vinculação a regras e reduzida pertença a um grupo (individualismo); reduzida vinculação a regras e elevada pertença a um grupo (igualitarismo).

antecipadoras e de mecanismos de previsão, com o reforço da autoridade e da ordenação hierárquica. O “individualismo” propugna que o controlo é exercido através da rivalidade e da escolha, de tal modo que devem ser implementados mecanismos de incentivo às dinâmicas do mercado e aos processos de escolha individual. Por fim, o “igualitarismo” sustenta um controlo efetuado através de processos de grupo, mediante mecanismos de rede, e fomentando a participação¹²⁶. Em termos práticos, a regulação influenciada predominantemente por uma visão individualista tenderá a favorecer os mecanismos do mercado (apresentando propensão para desregular). A regulação imbuída de uma visão igualitarista favorecerá mecanismos de transparência, participação e *accountability*. A regulação produzida num ambiente de supremacia da visão hierárquica haverá de se traduzir em mecanismos regulatórios de tipo “*top-down*”. É uma regulação marcada pela visão fatalista haverá de implementar instrumentos de controlo aleatórios¹²⁷. De forma sumária, a teoria cultural argui que os arranjos institucionais refletem a visão do mundo predominante, sendo, por isso, altamente permeáveis às mutações ocorridas a esse nível, o que se repercute no produto da sua atividade – a regulação. Nesta linha, propõe ainda que as falhas regulatórias se devem às lacunas da visão conformadora de cada regime regulatório¹²⁸.

Entre as teorias ideacionais pode ainda individualizar-se uma outra categoria, que debruça sobre os processos deliberativos. Reportamo-nos às teorias comunicativas. A base deste entendimento é a conceção dos processos de decisão como expedientes de aproximação de perspetivas divergentes, dirigindo-se a alcançar entendimentos comuns (repercutidos nas decisões finais). De acordo com esta conceção, a regulação é o resultado dos processos deliberativos que lhe precederam. Consequentemente, os objetivos prosseguidos por cada regime regulatório estarão intimamente relacionados com os procedimentos de decisão instituídos e, em concreto, com o modo como tais procedimentos permitem a articulação entre os interesses e pretensões dos vários atores envolvidos.

¹²⁶ LODGE, Martin; WEGRICH, Kai; MCELROY, Gail, «Gammelfleisch everywhere? Public debate, variety of worldviews and regulatory change», in Centre for Analysis of Risk and Regulation – *CARR Discussion Papers*, London: London School of Economics and Political Science, 2008.

¹²⁷ ASQUER, Alberto, *op. cit.*

¹²⁸ Sobre a confirmação de algumas das basilares afirmações da teoria cultural num estudo de caso *vide* o interessante estudo de LODGE, WEGRICH e MCELROY sobre o escândalo *Gammelfleisch* que explodiu na Alemanha no verão de 2006: *op. cit.*

2.4 Conclusão: o “*melting pot*” regulatório

As teorias da regulação partilham um desiderato comum: explicar a regulação no plano teleológico. A exposição antecedente demonstra, em linha com o que se havia anunciado, a imensa fragmentação existente neste domínio: são inúmeras as origens e finalidades atribuídas à regulação, identificando-se uma diversidade surpreendente de compreensões do fenómeno regulatório.

A análise das principais correntes avançadas conduz-nos a uma conclusão algo insólita: a regulação pública não se presta a ser dogmaticamente apreendida. Clarifique-se: a complexidade insuprível que caracteriza o espaço regulatório impede que a regulação, enquanto fenómeno, possa ser explicada por uma teoria integral, suficientemente rigorosa para se afirmar sobre as demais. Todas as teorias da regulação constituem um importante contributo para a compreensão da temática; mas também todas elas se mostram incompletas ou insuficientes a algum nível. De facto, até à data nenhuma construção elaborada pela doutrina se mostrou capaz de explicar todos os tipos de regimes regulatórios produzidos pela *praxis*, bem como nenhuma avançou com enunciados de aplicação universal, independentes dos condicionalismos espaço-temporais e político-económicos. Sendo este um campo de entrecruzamento de múltiplas ciências (ciência política, economia, direito, ciências sociais...) e de confluência de valores de ordem variada (económicos, morais, políticos, sociais...) é perfeitamente compreensível a incompletude de qualquer teoria com pretensão de se assumir como única e definitiva.

Parece-nos, por isso, que mais do que assumir as plúrimas vertentes como concorrentes, será proveitoso encará-las como coadjuvantes¹²⁹. Em vez de alternativas, as várias teorias da regulação deverão ser estudadas como peças de um único puzzle: só a visão de conjunto, interligando os diversos contributos, permite obter uma perspetiva mais próxima da realidade e compreender verdadeiramente o fenómeno regulatório. Deste processo intelectual resulta um *melting pot*, com a diversidade a dar lugar a uma teoria global heterogénea – a única capaz de fornecer as ferramentas necessárias ao estudo da regulação e à abordagem dos problemas que a rodeiam.

¹²⁹ Sublinhando que as várias teorias da regulação não são mutuamente exclusivas, antes se sobrepondo parcialmente em múltiplos aspetos: LODGE, Martin; WEGRICH, Kai, *op. cit.*

3. Instrumentos de regulação

3.1 Fileira regulatória

Mesmo partindo do conceito restrito acima propugnado¹³⁰, a regulação pode ser compreendida em termos mais ou menos amplos. É comum observar o termo utilizado de forma restrita, por referência exclusiva à atividade regulatória levada a cabo no plano administrativo¹³¹. Todavia, uma visão mais integrativa desdobra a “fileira regulatória” em três etapas: 1) etapa normativa (*rule making*); 2) etapa executiva (*rule implementation e rule supervision*); 3) etapa coercitiva (*rule enforcement*).

A primeira etapa da fileira regulatória consubstancia-se na criação de normas jurídicas, disciplinadoras da atividade dos sujeitos envolvidos no processo regulatório. Estas normas podem resultar diretamente da Constituição, ser emitidas pelo legislador ou elaboradas pela Administração. Portanto, logo nesta primeira etapa, assiste-se a uma indispensável complementaridade entre a regulação legislativa e a regulação administrativa (adveniente da interligação entre lei e regulamento).

A segunda etapa identificada traduz-se nas atividades de aplicação das normas e fiscalização do respetivo cumprimento. Trata-se de executar os esquemas regulatórios normativamente configurados, donde decorre ser este o campo privilegiado da regulação administrativa.

A terceira etapa tem lugar em caso de não acatamento do regime regulatório pelos particulares destinatários, consistindo na repressão dessas violações. Esta repressão pode ser realizada pela Administração, através do uso dos respetivos poderes sancionatórios, ou pelos tribunais, no exercício da sua jurisdição.

¹³⁰ Vide *supra* ponto 1.1.

¹³¹ A tendência da literatura para se reportar unicamente à regulação administrativa é produto da hegemonia do modelo estadunidense. Nos EUA, a regulação pública tem vindo a ser desenvolvida através do “modelo de agência”: são criados organismos independentes de natureza administrativa (as designadas *agencies*) aos quais são atribuídos amplos poderes regulatórios. As tarefas regulatórias são, praticamente na sua totalidade, desenvolvidas por estes entes, o que acaba por ofuscar a participação a montante a jusante, respetivamente, do poder legislativo (nos Estados Unidos, do Congresso) e do poder judicial. O protagonismo destas agências deve-se, em grande parte, ao facto de lhes serem atribuídos poderes de natureza legislativa, executiva e judicial – apesar de tais estruturas se assumirem, desde a origem, como ramificações do Estado Administrativo norte-americano. Essa concentração de poderes e importância das *regulatory agencies* leva a doutrina estadunidense a encará-las como “Quarto Poder” (ao lado do Legislativo, Executivo e Judicial). Esta classificação tem envolvido a história das agências norte-americanas em acesa polémica, mormente do ponto de vista constitucional. Com T. K. McCraw pode afirmar-se que “Almost by definition (...) controversy became attached to regulation like a Siamese twin”. MCCRAW, Thomas K., *Prophets of regulation: Charles Francis Adams, Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1984, p. 302.

3.2 Regulação legislativa

Apesar de por vezes postergada para segundo plano, a atividade legislativa é crucial na edificação dos regimes regulatórios. De facto, a regulação pública começa sempre com uma decisão político-legislativa: o modelo regulatório pressupõe um sistema de base capitalista, cuja trave-mestra é o instituto da autonomia privada, pelo que a sujeição de um determinado setor ou atividade económicas a regulação pública é necessariamente uma opção político-legislativa. Consequentemente, a montante de qualquer atividade administrativa reguladora haverá de estar um regime legal que a conforma e delimita – o que é exigido, aliás, pelo princípio geral da legalidade administrativa.

De um modo geral, a regulação legislativa é chamada a abordar três quesitos. Em primeiro lugar, é através de lei que são estabelecidas as regras gerais de desenvolvimento da atividade económica – fala-se, aqui, em “regulação transversal”¹³². Em segundo lugar, cabe ao legislador edificar regimes regulatórios especiais para setores carecidos de disciplina particular – referimo-nos à “regulação setorial”. Em terceiro lugar, é por via legislativa que se decide o modelo de regulação¹³³ a implementar e se define o respetivo desenho organizacional e funcional.

No que se refere às normas de conduta integradas nos regimes regulatórios, as disposições regulatórias revestem, em regra, natureza proibitiva, impositiva ou permissiva. Portanto, cabe ao legislador restringir *de jure* a atividade privada; podendo, depois, esta restrição carecer de execução e/ou supervisão administrativa¹³⁴.

¹³² A regulação transversal reconduz-se, fundamentalmente, ao direito da concorrência. Esta é uma disciplina que atravessa todos os setores de atividade, porquanto se reporta ao funcionamento genérico dos mercados, sem atender a especificidades setoriais. Procura-se, por esta via, garantir a livre concorrência entre os atores económicos, sancionando os abusos. Cf. GONÇALVES, Pedro, «Direito...», *op. cit.*

¹³³ A opção legislativa haverá de recair sobre um de três modelos: modelo de agência; modelo de contrato; modelo misto. O modelo de agência pressupõe a atribuição das tarefas regulatórias a um organismo em particular, podendo este ser criado especialmente para o efeito ou já existir previamente na estrutura administrativa. O modelo de contrato consubstancia-se na celebração de instrumentos negociais com os operadores do mercado, nos quais são definidas as regras da sua conduta. Por fim, o modelo misto compreende elementos dos dois modelos anteriores. No caso de a opção recair sobre o modelo de agência, haverá, subsequentemente, que selecionar o tipo de agência a instituir: organismo independente e desgovernamentalizado (as típicas *agencies* estadunidenses); organismo não integrado na hierarquia administrativa mas sujeito a orientação e supervisão governamental (é o caso exemplar dos institutos públicos); organismo integrado na hierarquia administrativa. Cf. GONÇALVES, Pedro, *Reflexões...*, *op. cit.*

¹³⁴ Em virtude dos processos de desregulação ocorridos no final do século passado, é frequente a (hétero)regulação pública partilhar o espaço regulatório com a autorregulação privada, donde resulta o crescente protagonismo da atividade administrativa de supervisão ou fiscalização; bem como, evidentemente, da atividade legislativa. Com efeito, em muitos domínios alvo de políticas desreguladoras, assistiu-se a uma expansão e especificação da regulação legislativa, cuja execução é deixada aos particulares. A eficácia deste modelo é, depois, assegurada por intermédio do robustecimento da atividade supervisora e fiscalizadora da

3.3 Regulação administrativa

O Estado de Garantia é, fundamentalmente (embora, não só), um Estado Regulador. Nas palavras de M. Ruffert: «sem regulação, o Estado de Garantia não existe»¹³⁵. E, de certa perspectiva, pode afirmar-se que o Estado Regulador é, em grande parte, um Estado Administrativo. Na senda do que ficou exposto, não obstante a indiscutível importância da atividade legislativa regulatória, a operação do Estado Regulador e o funcionamento dos esquemas regulatórios decorrem por via administrativa. É à Administração Pública que cabe o quotidiano da função regulatória, ou seja, a aplicação dos regimes regulatórios “no terreno”, sem a qual a regulação não lograria alcançar o seu objetivo primordial de condicionamento do comportamento dos agentes privados.

Pese embora a centralidade da atividade executória, a regulação administrativa não se esgota nesta tarefa, abrangendo um leque mais alargado de funções: a função normativa, a função adjudicatória, a função supervisora, a função sancionatória e a função quase-jurisdicional. Cronologicamente primeira, a função normativa (*rulemaking*) materializa-se na criação de regulamentos administrativos, dirigidos a completar, desenvolver ou executar a lei. Portanto, também a Administração concorre na criação de normas gerais e abstratas disciplinadoras do comportamento privado.

A função adjudicatória (*adjudication*), por sua vez, repercute-se na prática de atos singulares, unilaterais ou bilaterais, através dos quais a Administração modifica a situação individual dos particulares. A figura rainha, neste âmbito, tem sido a autorização administrativa. Todavia, os recentes desenvolvimentos têm conduzido à sua paulatina substituição ou por instrumentos negociais ou por formas de autorregulação privada¹³⁶.

Numa fase já a jusante da atuação privada, a Administração desenvolve uma função fiscalizadora ou supervisora (*supervision*). No momento atual, aqui radica o cerne da regulação administrativa. É através da atividade de fiscalização e supervisão que as entidades

Administração. Do exposto resulta, então, que o movimento desregulador, traduzindo-se numa retração da Administração de autoridade, não obsta a uma Administração mais operativa e, em geral, a um Estado mais presente. Há, apenas, uma reordenação das tarefas regulatórias, com menor ênfase na atividade intermédia de execução ou implementação dos regimes regulatórios. Sobre a questão: GONÇALVES, Pedro, *Entidades...*, *op. cit.*

¹³⁵ GONÇALVES, Pedro, *Reflexões...* *op. cit.*, p. 78-79.

¹³⁶ A atividade *ex ante*, maioritariamente desenvolvida por intermédio da autorização, tem sido substituída por atividade *ex post*, traduzida em ações de supervisão e fiscalização – a Administração é menos burocrática e mais operante. Fala-se, a este respeito, em “autorregulação privada publicamente regulada”. *Ibidem*, p. 53-58.

reguladoras monitorizam a conduta dos particulares, assegurando que esta é conforme com as imposições normativas que a constringem. Uma atuação descuidada, negligente ou laxista neste campo pode desencadear sérios danos, atentando contra direitos fundamentais; além de significar, como é evidente, a postergação dos objetivos inerentes aos regimes regulatórios, que se pressupõem de interesse vital para a comunidade¹³⁷. Deste modo, entendemos ser este um campo especialmente propício à verificação de situações reconduzíveis à figura da “falha regulatória”. Evidentemente, não ignoramos a possibilidade – real – da falha regulatória ter lugar logo nos momentos iniciais do processo, em virtude de descuidada atividade regulamentar ou adjudicatória. Não obstante, a atividade supervisora negligente apresenta maior propensão para provocar a lesão imediata de bens jurídicos pessoais e direitos subjetivos dos particulares.

A efetividade da supervisão e fiscalização administrativas – e dos próprios regimes regulatórios, em geral – depende da existência de mecanismos de repressão das condutas ilícitas. Assim, constitui um importante atributo da Administração reguladora o exercício de poderes sancionatórios (*enforcement*), muitas vezes associado ou incluído no conceito de fiscalização. A associação é pertinente: a aplicação de sanções surge na sequência da identificação de comportamentos desviantes ocorrida no exercício da atividade fiscalizadora. O destaque aqui efetuado destina-se a viabilizar a observação da extravagância que os poderes sancionatórios muitas vezes revestem. De facto, verifica-se que a função executiva típica das entidades administrativas reveste, neste domínio, um *plus*, traduzido na faculdade de aplicação de sanções severas. Tal exorbitância é particularmente evidente se considerada a atribuição do poder de aplicação de sanções pecuniárias compulsórias às entidades reguladoras. O relacionamento entre o regulador e os regulados antolha-se mais impetuoso do que aqueloutro genérico entre Administração e administrados.

Por fim, cabe ainda destacar o poder quase-judicial que é reconhecido a algumas entidades reguladoras. Diferentemente da aplicação de sanções sobre prevaricadores, trata-se aqui da resolução de litígios entre particulares emergentes no espaço regulatório. Neste cenário, o

¹³⁷ No campo regulatório impõe-se um princípio da subsidiariedade, a dois níveis. Em primeira linha, a premissa básica é a de que o mercado prefere à intervenção pública, pelo que a regulação só deve ser implementada quando aquele se não mostrar suficiente ou capaz de satisfazer interesses gerais essenciais. Depois, a própria regulação deve ser instituída e aplicada de acordo com um juízo de proporcionalidade entre a exigência do regime regulatório e a severidade das irregularidades a que se pretende atender. Em consequência deste imperativo, os regimes regulatórios instituídos pressupõem-se necessários, em termo de *ultima ratio*, para a concretização de determinadas finalidades de interesse público. Daqui decorre que o seu incumprimento significa gorar definitivamente tais finalidades e as necessidades básicas que lhes subjazem.

regulador é colocado num plano superior, assumindo as vestes de terceiro neutral em relação aos interesses em conflito. Alguma doutrina – sobretudo, estrangeira – opta pela expressão “poderes *parajudiciais*”, destacando, desta forma, o paralelismo entre a posição do regulador e a figura do juiz imparcial. Esta opção é acompanhada, muitas vezes, pela configuração da função regulatória como “quarto poder” do Estado, ao lado do Legislativo, Executivo e Judicial. Apesar dos argumentos que possam ser avançados neste sentido, continuamos a reconduzir a atividade regulatória ao domínio próprio da função administrativa¹³⁸. O argumento principal é bastante linear: a atividade desenvolvida pelas entidades reguladoras é, toda ela, atividade materialmente administrativa (atividade subordinada à lei, não destinada, a título principal, a resolver questões de direito, funcionalizada à prossecução do interesse público e pré-determinada)¹³⁹. Aqui reside o *punctum criticum* da questão: a atividade reguladora, tal qual a demais atividade administrativa, é hétero-determinada e dirigida à consecução do interesse público¹⁴⁰. Os poderes quase-jurisdicionais das entidades reguladoras são estipulados e limitados por lei, não existindo na ausência de lei habilitadora e apenas se legitimando dentro do quadro legalmente desenhado. Ademais, tais poderes não cumprem uma finalidade pura e simples de resolução de litígios privados; esta resolução só é incumbência das entidades reguladoras quando se mostre necessária à realização do interesse público.

4. Objetivos da regulação

4.1 Introdução

Independentemente do conceito de regulação acolhido, da teoria da regulação defendida ou da configuração da função reguladora utilizada, há um conjunto de objetivos que devem andar associados ao edifício regulatório. Com isto pretendemos afirmar que, independentemente dos interesses ou fatores que, *de facto*, influenciem os sistemas regulatórios, a regulação, enquanto instituto jurídico-económico, só encontra legitimação no propósito, pelo menos *abstrato*, de alcançar objetivos públicos. Se toda a atividade

¹³⁸ ALBUQUERQUE, Alexandre de; ALBUQUERQUE, Pedro de, «O controlo contencioso da actividade das entidades de regulação económica», in ALBUQUERQUE, Ruy de; CORDEIRO, António Menezes, coord., *Regulação e concorrência: perspetivas e limites da defesa da concorrência*, Coimbra: Livraria Almedina, 2005, p. 249-285.

¹³⁹ Para a distinção entre a função administrativa e as demais funções do Estado *cf.* ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de direito administrativo*, 5.^a ed., Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2018.

¹⁴⁰ GONÇALVES, Pedro, «Direito...», *op. cit.*

administrativa está funcionalizada ao interesse público, então a atividade reguladora e a existência de entidades especializadas só se justificam – *máxime* no plano constitucional – se vinculadas à consecução desse mesmo interesse. Isto sem prejuízo, claro está, de a realidade se mostrar, mais vezes do que seria desejável, discrepante do ideal normativo.

4.2 Assegurar o correto funcionamento do mercado: as falhas do mercado

Tendo estado na sua gênese, a ideia de que a regulação se destina a corrigir as deficiências do mercado mantém-se enquanto axioma capital nesta matéria. Nos sistemas do nosso quadrante sociopolítico, duas conclusões fundamentais se afirmaram na sequência dos desenvolvimentos ocorridos desde a emergência do Estado moderno: por um lado, o mercado é uma componente importante do progresso económico e social; por outro, o mercado, deixado a si mesmo, não é suficiente, e pode até ser subversivo, para o bem-estar da comunidade. Impõe-se, portanto, encontrar o equilíbrio ótimo entre o Estado e o Mercado. Neste ponto, a função económica do Estado consiste em assegurar o bom funcionamento do mercado: cabe-lhe conformar o mercado, criando condições para a necessária concorrência sã e leal entre operadores económicos, e, depois, monitorizar o seu funcionamento, prevenindo e reprimindo as condutas particulares potencialmente nefastas para o interesse geral ou lesivas de direitos e liberdades individuais.

Nestes termos, a configuração concreta da regulação dependerá das condições apresentadas pelo mercado a regular. Na ausência completa de concorrência, duas vias poderão ser seguidas. Onde a concorrência não seja, de todo, possível ou desejável, haverá que implementar procedimentos de seleção concorrenciais¹⁴¹: apesar do mercado ser dominado por um único operador, essa posição é granjeada na sequência de um concurso pautado pela concorrência livre e justa. Ademais, a atuação desse operador será ainda alvo de especial disciplina jurídica, destinada a evitar abusos. Onde seja possível criar condições de concorrência, haverá que estruturar o mercado artificialmente e assegurar que ele funciona em termos similares aos mercados espontâneos. É neste contexto que são implementados, designadamente, expedientes de discriminação positiva no acesso de novos operadores aos

¹⁴¹ Vejam-se os exemplos paradigmáticas das atividades de transporte e distribuição de eletricidade, exercidas em regime de *monopólio* através das designadas “concessões de serviço público”, atribuídas na sequência de *concurso público*. Sobre a natureza pública ou privada das atividades e a posição assumida pelo Estado: GONÇALVES, Pedro, *Regulação, electricidade e telecomunicações: estudos de direito administrativo da regulação*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008. APOLINÁRIO, Marisa, *op. cit.*

mercados e a disciplina do acesso de terceiros às redes e infraestruturas (no caso das atividades alvo de desintegração vertical). Quando a concorrência existe espontaneamente, haverá que atender aos específicos obstáculos ao seu funcionamento ideal. Por exemplo, as assimetrias de informação haverão de ser colmatadas através de obrigações de rotulagem, as externalidades haverão de ser internalizadas por intermédio de ónus impostos aos produtores ou da atribuição de subsídios, e daqui em diante. Em suma, a regulação impõe-se, nesta sede, como “arquiteto” do mercado¹⁴².

4.3 Promover e garantir a concorrência: o direito da concorrência

De entre as plúrimas falhas do mercado, a concorrência imperfeita destaca-se em virtude da sua configuração particular: trata-se de comportamentos cuja repressão não é conseguida com recurso a instrumentos preventivos. Neste campo a assimetria de informação entre regulador e operadores de mercado é estrutural, de tal modo que não é possível àquele instituir controlos prévios capazes de conter a consumação das situações que se pretendem evitar – por ex. não é possível ao regulador conhecer o intuito de coligação dos produtores de um dado mercado, só lhe sendo cognoscível essa pretensão quando a coligação já existe e tem consequências perversas. Por conseguinte, opta-se por fixar um conjunto de proibições *ex post* cujo incumprimento gera a aplicação de sanções. Estas proibições recaem, não sobre atuações concretas, mas antes sobre resultados considerados indesejáveis. Entende-se, a este respeito, que a mera possibilidade de sancionamento gera um efeito de ameaça suficiente para impelir os operadores a absterem-se de comportamentos anticoncorrenciais¹⁴³.

O Direito da Concorrência¹⁴⁴ versa, entre outros, sobre os acordos ou atuações concertadas entre empresas, os abusos de posição dominante, os abusos de dependência económica e as operações de concentração de empresas.

¹⁴² A difusão da contraposição antagónica Estado/mercado tem conduzido à vulgarização da ideia de que o mercado existe sem o Estado. Todavia, convém desmistificar essa conceção: todo o mercado, mesmo na ausência de intervenção pública palpável, é produto estatal. Com efeito, no mínimo, o Estado define os direitos privados – mormente, a propriedade e a liberdade – essenciais ao estabelecimento de trocas mercantis, bem como avança com estruturas e procedimentos tendentes a resolver os litígios entre os particulares a atuar no mercado. Na falta destes alicerces, o mercado não se ergueria, antes dando lugar à *hobbessiana* “guerra de todos os homens contra todos os homens”. Será, por isso, fulcral afastar visões extremadas, que desconsideram a necessária complementaridade entre os dois polos – o verdadeiro quesito nesta matéria haverá de ser encontrar o grau ótimo de interferência estadual nas dinâmicas naturais do mercado.

¹⁴³ Recorde-se, a este respeito, o que ficou explanado *supra* na nota 91 a propósito da destrição entre a regulação *ex ante* e o direito da concorrência.

¹⁴⁴ Entre nós a regulação fundamental da matéria consta da Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio. Importa notar que este é um campo em que, nos últimos anos, se fizeram sentir fortemente as influências do processo de

4.4 Proteger os direitos dos cidadãos-consumidores: a posição jurídico-pública do consumidor

Uma das singularidades do Estado Regulador de Garantia é a elevação do consumidor a objeto de proteção específica. A função de tutela dos *administrados* esteve na génese do Direito Administrativo, continuando, desde então, a assumir-se como fim precípua do Estado Administrativo. Porém, os processos de privatização postos em marcha nos finais do século passado levantaram o manto que cobria os *utentes* dos serviços públicos: em sentido estrito, estes deixaram de ser administrados, porquanto a relação de prestação de serviços não é mais estabelecida com a Administração. Na ausência de uma camada protetiva especial sobre as relações privadas entre fornecedores de serviços e respetivos consumidores, este domínio torna-se especialmente propenso a injustiças. Assim, a proteção estadual ousou estender-se aos *consumidores*¹⁴⁵.

A proteção dos consumidores no plano jurídico-público concretiza-se, fundamentalmente, no empenho do Estado em regular – em criar e implementar regulação. De certo modo, é a própria existência de regulação que consubstancia essa tutela. De suma importância neste âmbito é a recomposição do quadro clássico a que se vem assistindo: a relação binária entre Administração e administrados foi substituída por uma relação ternária entre Administração, produtores e consumidores. Neste contexto, a proteção concedida pela Administração aos consumidores não é direta, na medida em que se não traduz na realização de prestações a favor destes últimos. Diferentemente, a Administração atua sobre os produtores para proteger, indiretamente, os consumidores. Esta atuação sobre os produtores consiste, exatamente, na regulação pública da economia.

integração comunitária. Acompanhando Jorge Vasconcelos, não deixa de ser interessante reparar que, aquando da assinatura do Tratado de Roma, apenas a Alemanha dispunha de regulamentação moderna da concorrência e de uma autoridade independente com competências específicas sobre a matéria; ao passo que hoje todos os Estados-Membros da União Europeia dispõem de leis da concorrência e grande parte deles instituiu, entretanto, autoridades especializadas independentes. VASCONCELOS, Jorge, «O Estado regulador: principais características e perspectivas de evolução», in ENTIDADE REGULADORA DO SECTOR ELÉTRICO, *A regulação em Portugal*, Lisboa: ERSE, 2000, p.159-193.

¹⁴⁵ A proteção dos consumidores é concretizada, num primeiro plano, através do Direito do Consumo. As normas que integram este ramo jurídico revestem natureza *privada*: trata-se de disposições jurídicas destinadas a enquadrar as relações entre consumidores e produtores, procurando conter os abusos viabilizados pela posição de supremacia fáctica ocupada pelos últimos. Como bem se compreende, sendo este terreno do Direito Privado, não é aqui que a nova função protetora do Estado Regulador brota.

Este novo modelo de proteção implica que o Estado não possa, livremente, optar por regular ou não regular – a regulação não constitui uma faculdade, mas sim um dever. Ademais, a regulação elaborada deverá ser efetiva na proteção dos direitos dos consumidores enquanto cidadãos. Neste domínio, os consumidores não são protegidos apenas enquanto adquirentes de bens e serviços (proteção justificada pela desvantagem negocial em que se encontram relativamente aos prestadores desses bens e serviços), mas também como cidadãos titulares de direitos fundamentais. Portanto, o dever estadual supramencionado abrange, além da pura obrigação de regular, a obrigação de regular adequadamente, ou seja, de criar regulação apta a garantir a realização dos direitos individuais envolvidos. O facto de se divisar, neste novo quadro de compreensão, um dever do Estado serve como indício para a possível emergência de um direito correspondente. Sobre esta questão versaremos *infra*.

4.5 Garantir o fornecimento de serviços de interesse geral: as obrigações de serviço público

A proteção dos direitos dos cidadãos reveste especial delicadeza no campo dos tradicionais serviços públicos. A privatização e liberalização de muitos destes serviços acompanhou, no espaço europeu, a edificação do Estado de Garantia. No entanto, a sua recondução à esfera do mercado não significou a desconsideração da importância das atividades em causa para a satisfação de necessidades básicas da comunidade – este é um campo de especial incidência da responsabilidade pública de garantia.

A reestruturação de que foram objeto estes serviços conduziu à sua renomeação: os “serviços públicos”¹⁴⁶ privatizados convertem-se em “serviços de interesse geral”. A designação utilizada pretende afastar o elemento subjetivo associado à expressão tradicional: trata-se de atividades que satisfazem necessidades básicas da coletividade e cujo exercício se deve orientar no sentido da realização do interesse público mas que podem ser desempenhados por entidades públicas ou privadas.

¹⁴⁶ A figura tradicional do serviço público, que se erigiu a pilar das ordens jurídico-administrativas de toda a Europa continental, teve origem no *service public* francês. Foi Léon Duguit que a elevou a centro do Direito Público moderno, quer no plano substantivo, quer no plano processual (foi este conceito que alavancou a separação da jurisdição administrativa relativamente à jurisdição comum). Tradicionalmente, a figura era desenhada com base em três elementos: 1) elemento objetivo ou material: atividade tendente à satisfação de necessidades coletivas; 2) elemento subjetivo ou orgânico: atividade desenvolvida por organismos públicos, a maioria das vezes em regime de monopólio; 3) elemento formal: atividade regulada por um regime especial de direito público. Sobre o serviço público da tradição continental, bem como sobre a sua comparação com as *public utilities* de origem anglo-saxónica, cf. SILVA, João Nuno Calvão da, *op. cit.* LOPES, Dulce, «O nome das coisas: serviço público, serviços de interesse económico geral e serviço universal no direito comunitário», *Temas de Integração*, Coimbra: Almedina, Sem. 1º e 2º, N.ºs 15 e 16 (2003), p. 147-229.

A aceção tradicional dos serviços públicos andava associada às denominadas “Leis de Rolland”¹⁴⁷: os princípios da *igualdade*, da *continuidade* e da *adaptabilidade* que norteavam a prestação pública dos serviços essenciais. Entendia-se que, por satisfazerem necessidades básicas, estas atividades deveriam ser prestadas a todos os cidadãos em condições de igualdade, sem interrupções e através dos meios e técnicas mais avançados e ajustados à evolução das necessidades individuais. Estas exigências justificaram a remissão de tais atividades para a esfera pública: só assumindo diretamente a prestação poderia o Estado assegurar o respeito por tais princípios. Os processos recentes de reajustamento da relação Estado-Mercado permitiram um novo entendimento sobre a questão: o que importa, verdadeiramente, é a prestação dos serviços essenciais naquelas condições, independentemente de essa prestação ser levada a cabo por entes públicos ou privados. Assim, quando outros valores saiam beneficiados com a atribuição das atividades a privados (nomeadamente, a economicidade, a inovação, a desburocratização...), os serviços não de ser privatizados. No estágio pós-privatização caberá ao Estado socorrer-se de instrumentos diversos da propriedade pública para garantir a prestação dos serviços nas condições referidas. O principal instrumento mobilizado nesta sede é, exatamente, a regulação pública. Por via da regulação pública são impostas aos operadores privados as designadas “obrigações de serviço público”, sucedâneas das Leis de Rolland: universalidade, igualdade, continuidade/regularidade, adaptabilidade, participação e qualidade¹⁴⁸. Os sistemas regulatórios prescrevem, para cada setor, o modo como tais obrigações são efetivadas e identificam os operadores onerados.

4.6 Proteger o interesse público: os bens jurídicos extraeconómicos

A regulação pública surge também fora do campo económico, na medida em que o Estado de Garantia é ainda um Estado Social, fundamentalmente preocupado com bem-estar dos cidadãos. Numa sociedade (cada vez mais) técnica e de risco, o bem-estar dos cidadãos não depende apenas do são e equilibrado funcionamento dos mercados, nem sequer do acesso a bens essenciais. Valores como a segurança, a saúde pública, o ambiente, o ordenamento do

¹⁴⁷ A designação deve-se ao autor responsável pela construção: o jurista francês Louis Rolland.

¹⁴⁸ Para maior aprofundamento da evolução ocorrida, *cf.* MOREIRA, Vital, «Regulação económica, concorrência e serviços de interesse geral», in MOREIRA, Vital, org., *Estudos de regulação pública I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 547-566.

território, etc. são pilares fundamentais do progresso social. Assim, o Estado tende a regular também para proteger bens jurídicos que extravasam o campo económico.

A este respeito, há um grande enfoque na área do consumo. A regulação implementada a este respeito é considerada, por alguns, como “paternalista”, na medida em que o Estado assume a missão de proteger os cidadãos de si mesmos, ditando o que devem ou não consumir. Exemplos de medidas regulatórias elaboradas com este propósito são as proibições de consumo de determinados produtos (considerados potencialmente perigosos). Outras campos de abrangência da regulação norteada por objetivos extraeconómicos são o urbanismo, a sustentabilidade, a segurança alimentar... Como bem se vê, a intervenção pública a respeito destas matérias constitui uma *opção* estadual, característica de certo tipo de Estado – basta observar a diferença entre a extensão e profundidade da regulação pública social nos Estados europeus e nos EUA.

Capítulo III – Um direito subjetivo à regulação pública (?)

1. Estado Administrativo na contemporaneidade: o “*Admirável Mundo Novo*”¹⁴⁹

1.1 Constituição, Estado e Administração

a) O paradigma social

O Estado *constitucional de legalidade* nasceu sob a forma de Estado Liberal. O triunfo das revoluções liberais dos finais de setecentos e inícios de oitocentos significou o triunfo de um novo constitucionalismo e deu aso à formulação do princípio da legalidade como princípio reitor. Foi também este o tempo do nascimento do Direito Administrativo e de edificação da Administração Pública moderna, estritamente vinculada à lei e à consecução do interesse público nos termos configurados pelo legislador.

Ulteriormente, já no decurso do séc. XX, a adjectivação do figurino estadual sofre importantes mutações, responsáveis pelo desenho do arquétipo que chegou até nós. Por um lado, ante a constatação dos resultados devastadores que a legalidade estrita podia legitimar, o Estado Legal convolou-se em Estado *de Direito* – compreendia-se agora que a juridicidade ia além da lei¹⁵⁰. Por outro lado, as conjunturas socioeconómicas que se foram sucedendo desde a Primeira Revolução Industrial impeliram a expansão da intervenção pública pautada por valores sociais, passando o Estado a adjectivar-se também como *social*. O modelo de Estado que herdámos afigura-se, portanto, carregado de significações: é um Estado constitucional, democrático, de Direito e social.

Nos termos que ficaram enunciados, pese embora a rutura da espécie primogénita do género, o Estado de Garantia é, ainda, um Estado Social; simplesmente, a socialidade concretiza-se, hoje, em alguns setores, de forma diversa¹⁵¹. E esta conclusão subsistirá irrefutável (pelo menos, no plano formal ou teórico) enquanto encontrar arrimo, como encontra, na Lei Fundamental¹⁵². De facto, o “princípio da socialidade”, como tem sido designado, tem dignidade constitucional na maioria dos Estados do nosso quadrante sociopolítico.

¹⁴⁹ Pedimos de empréstimo o título do distópico romance de Aldous Huxley, publicado em 1932.

¹⁵⁰ Cf. FREIRE, Antonio Manuel Pena, *op. cit.*

¹⁵¹ Antolha-se bastante perspicaz a expressão “Estado social pós-providência”, utilizada por MARQUES, Francisco Paes, *op. cit.*

¹⁵² Sobre a relação entre a Constituição, o modelo social e o Estado de Garantia, propugnando que o Estado Social não é uma construção morta nem sequer moribunda: LOUREIRO, João, *Adeus ao..., op. cit.*

Entre nós, o princípio é comumente extraído da disposição constitucional que atribui ao Estado a tarefa de “*realização da democracia económica, social e cultural*”¹⁵³. Segundo os ensinamentos Gomes Canotilho¹⁵⁴, o princípio em apreço constitui uma imposição dirigida aos órgãos de direção política, exigindo a conformação e implementação de estruturas e mecanismos tendentes a prosseguir uma ideia de “justiça social”. Este imperativo compreende uma dimensão objetiva, mais expressiva, e uma dimensão subjetiva. Essencialmente, esta é uma disposição de natureza político-organizatória e programática: faz recair sobre o Estado a obrigação de promover as condições económicas e sociais indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade e da cidadania com dignidade humana. Sublinhe-se, então, que esta disposição não vincula o Estado a quaisquer meios, antes se limitando a prescrever a tarefa estadual de prossecução de certo fim¹⁵⁵. Daí o carácter programático do imperativo em apreço: trata-se de um ditame genérico, cuja concretização é incumbência do legislador. Consequentemente, dele não se extraem, por regra, pretensões subjetivas individuais, mas tão-só deveres objetivos dirigidos ao próprio poder público. Não obstante, entende-se que o princípio da socialidade pode apresentar também uma dimensão subjetiva, embora com contornos bastante limitados. Sem prejuízo da sua essência fundamentalmente objetiva, poderá fundar pretensões subjetivas concretas em circunstâncias excepcionais, mormente face à inconstitucionalidade da atividade legislativa, por ação ou por omissão. Neste âmbito, cabe ainda esclarecer que o princípio da socialidade é constitucionalmente concretizado nas designadas “constituições” económica, social e cultural: a diretriz genérica fundamental contida nesta disposição goza de materialização concreta nos vários direitos positivados no Título III da Constituição.

Para o que nos interessa, são três as asserções fulcrais a extrair do princípio apresentado.

¹⁵³ Art. 2.º CRP. Como exemplos de textos constitucionais que acolhem expressamente o princípio, *vide*: o art. 1º da Constituição espanhola, que caracteriza o Reino de Espanha como “Estado *social* e democrático de Direito”; o art. 1º da Constituição francesa, que caracteriza a República como “indivisível, laica, democrática e *social*”; o art. 20º da Constituição alemã, onde se dispõe que “A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e *social*”. A ausência de qualificação expressa do Estado português como Estado social na Constituição de 1976 explica-se a partir do contexto revolucionário de elaboração do texto constitucional, nos termos explanados *supra* na nota 59.

¹⁵⁴ CANOTILHO, Gomes, *Direito... op. cit.*

¹⁵⁵ O carácter meramente programático do princípio em apreço, que deixa amplo espaço de conformação ao legislador ordinário, não obsta à compressão desse espaço de livre conformação por efeito de outras disposições constitucionais concretizadoras do princípio geral em domínios específicos. Assim, por exemplo, o art. 64º CRP, que prescreve a obrigação estadual de realização do direito à saúde através da criação de um serviço público universal, geral e tendencialmente gratuito.

Primeiro, o seu acolhimento como princípio geral traduz a opção pelo paradigma social, e, por conseguinte, a recusa do paradigma liberal – descortina-se aqui uma escolha jusfundamental por certo modelo de Estado. Em consequência, o *rolling back* do Estado que se vem desenrolando nos tempos recentes não pode equivaler a uma retirada pura e simples do Estado do campo socioeconómico. Assim se compreende, aliás, que o modelo de Estado de Garantia se situe, necessariamente, num plano intermédio entre o Estado Providência e o Estado Liberal: ainda se trata de um figurino social, embora menos pesado e omnipresente que o seu antecessor.

Segundo, a dimensão organizatória do princípio influi necessária e decisivamente sobre a configuração do Estado Administrativo. Na sequência do enunciado, também a reforma da Administração Pública e da função administrativa não pode acarretar o puro descomprometimento com a socialidade. É certo que os concretos esquemas organizativos e a repartição de responsabilidades entre a esfera pública e privada são matérias de competência político-legislativa. Contudo, os fenómenos de *despublicatio* têm como limite a desresponsabilização pura e simples da Administração. Daqui advém a essencialidade da emergência de uma responsabilidade pública de garantia no rescaldo dos processos de privatização: apesar da descontinuação da responsabilidade pública de execução em muitos setores e do retraimento da Administração prestadora, novas tarefas administrativas asseguram a subsistência do compromisso social do Estado Administrativo.

Terceiro, do conjunto formado pelo princípio da socialidade e pelos direitos fundamentais económicos, sociais e culturais podem extrair-se, em determinadas condições, pretensões subjetivas. Entre nós, os direitos económicos, sociais e culturais são equiparados aos direitos, liberdades e garantias, sendo-lhes, por isso, reconhecida uma função negativa: trata-se de verdadeiros direitos subjetivos de defesa (contra o Estado e demais cidadãos). Sucede que a efetividade prática de alguns destes direitos depende da atividade mediadora dos poderes públicos, o que leva a doutrina a debater-se em torno da questão de saber se é possível extrair dos direitos em questão, além de posições negativas, posições jurídicas positivas. Não sendo este o local para a apresentação detalhada do debate em torno da questão¹⁵⁶, limitar-nos-emos a referir, pela sua relevância para a temática em desenvolvimento, algumas conclusões

¹⁵⁶ Sobre a matéria, na doutrina nacional cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 2019. NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010.

que têm reunido considerável consenso na doutrina e jurisprudência: dos direitos económicos, sociais e culturais deriva, para os poderes públicos, uma verdadeira imposição constitucional, e não um mero apelo; os poderes públicos dispõem de ampla margem de liberdade na conformação das medidas de concretização dos direitos, mas não atuam num espaço de arbitrariedade; da atividade legislativa ordinária concretizadora dos direitos económicos, sociais e culturais surgem pretensões subjetivas na esfera dos cidadãos que se assumem como “guarda de flanco” dos direitos originários fundamentais¹⁵⁷.

b) Direito Administrativo: Direito Constitucional concretizado

É da autoria de Fritz Werner (1959) a célebre expressão que caracteriza o Direito Administrativo como “Direito Constitucional concretizado”. Desconsiderando, devido à natural restrição de espaço, a extensa discussão em torno do relacionamento entre os dois ramos jurídicos (que Gomes Canotilho caracteriza, em conjunto, como Direito do “centro regulativo”¹⁵⁸), o ponto que se pretende tocar é o de que o Direito Administrativo, e por inerência a Administração Pública que ele conforma, não está desassociado das opções constitucionais, *máxime* as que se reportam ao tipo de Estado que a comunidade escolheu para si¹⁵⁹.

Seguindo os ensinamentos de Gómez Puente¹⁶⁰, a Administração é a organização que melhor pode expressar o dinamismo estadual inerente ao princípio da socialidade, porquanto aquela é o próprio Estado “em ação”. Mais se acrescenta: a legitimidade do Estado social repousa sobre a concretização dos respetivos objetivos, a qual, por sua vez, depende intimamente da eficácia da atividade administrativa.

Destarte, a Administração Pública, sobretudo na sua dimensão funcional, não pode deixar de ser reflexo do modelo de Estado instituído. Entre nós, tal significa que a atividade administrativa haverá de se dirigir à satisfação das necessidades existenciais dos indivíduos¹⁶¹ e à garantia da sua participação num conjunto de utilidades pressupostas pela

¹⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito... op. cit.*

¹⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, «O direito constitucional passa: o direito administrativo passa também», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

¹⁵⁹ Sobre a “constitucionalização” do Direito Administrativo, cf. CORREIA, José Manuel Sérvulo, «Os grandes traços do Direito Administrativo no Século XXI», *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, Ano 3, Nº 11 (2003).

¹⁶⁰ PUENTE, Marcos Gómez, *La inactividad de la administración*, Pamplona: Aranzadi, 1997.

¹⁶¹ *Ibidem.*

dignidade da pessoa humana (situada socioculturalmente). Ora, isto não significa a impreteribilidade de uma Administração “prestadora”, típica do Estado providência. De facto, nada obsta à legitimidade de uma Administração “reguladora” no seio de um Estado social – que se assumirá, desta feita, como Estado de Garantia. Capital é, isso sim, que a função administrativa se revele orientada à prossecução de certos objetivos socioeconómicos. Neste contexto torna-se claro que o movimento privatizador e liberalizador que deu origem ao Estado de garantia “*Não se trata, pois, de uma desconstrução do Estado Social a favor das forças autoregulativas do mercado livre*”¹⁶². As prestações económicas, sociais e culturais a que têm direito os cidadãos poderão ser realizadas pelo mercado, e não pela Administração, sem beliscar o paradigma social. Será, todavia, exigível que o Estado Administrativo continue a *garantir* a realização desses direitos dos cidadãos. Nos termos antevistos, é aqui o lugar privilegiado da regulação pública, enquanto instrumento estatal de controlo ou condicionamento da atividade privada cujo intuito é, entre outros, a proteção dos direitos dos cidadãos. A atividade regulatória é sucedânea da atividade prestadora, representando, para os cidadãos, uma alternativa de cumprimento das responsabilidades públicas em matéria de socialidade.

1.2 Valores e funções da Administração contemporânea

a) Interesse público e direitos dos cidadãos

A evolução do arquétipo estadual – e a inerente evolução da estrutura administrativa – conduz a uma conclusão indiscutível: nascida para realizar o interesse público, a Administração Pública está hoje *também* vinculada à realização dos direitos dos cidadãos. De facto, a cultura sociojurídica que informa o Estado contemporâneo do nosso quadrante político-geográfico exige-lhe que se assuma como “*activist state*”¹⁶³, isto é, que contribua para a administração da vida económica e social em prossecução de objetivos coletivos – o que implica reconhecer aos cidadãos um espectro de direitos mais alargado do que os clássicos direitos individuais radicados na propriedade e liberdade.

Evidentemente, os direitos dos cidadãos sempre estiveram na mira da atividade administrativa. Todavia, a responsabilidade da Administração a este respeito evoluiu de

¹⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito... op. cit.*, p. 354.

¹⁶³ MASHAW, Jerry L., «Rights in the Federal Administrative State», *The Yale Law Journal*, Vol. 92 (1983), p. 1129-1173.

forma considerável¹⁶⁴. Numa primeira fase, à Administração cabia, simplesmente, a *defesa* dos direitos *individuais* dos cidadãos. Situamo-nos, como bem se depreende, no contexto liberal, em que a atividade administrativa norteada pelos direitos dos cidadãos era, sobretudo, uma atividade de polícia, tendente a reprimir violações aos direitos e liberdades individuais perpetradas por outros cidadãos. No demais, a Administração haveria de se limitar a não interferir com os *direitos subjetivos privados*. Este *modelo individualista*¹⁶⁵ (de direito privado¹⁶⁶) subsistiu no ordenamento estadunidense até mais tarde do que nos ordenamentos continentais, onde o alvor do século XX trouxe transmutações significativas no sentido da edificação do Estado de Serviço Público e, posteriormente, do Estado Social. Nesta segunda fase, a par da defesa dos direitos dos cidadãos, à Administração passa a competir também a *realização* de direitos correspondentes a necessidades *coletivas*. A atividade administrativa preeminente neste quadro é a atividade prestacional, consubstanciada no fornecimento de prestações económicas e sociais. Nascem, neste cenário, *direitos subjetivos públicos* sobre essas prestações. Numa terceira fase, de emergência do Estado de Garantia, a privatização de grande parte dos serviços públicos e o retraimento da Administração prestadora acarretaram o reenquadramento da tutela administrativa dos direitos dos cidadãos. A atividade administrativa passa a dirigir-se à *proteção* dos direitos dos cidadãos correspondentes a necessidades *coletivas*, cuja satisfação, por via de uma atividade prestadora, compete agora ao mercado. Agora a Administração intervém num plano intermédio: apesar de não se verificar o regresso ao liberalismo individualista de oitocentos, deixou de imperar um cânone intervencionista. A tutela dos direitos dos cidadãos que se impõe à Administração Pública como diretriz de atuação primária não se concretiza unicamente na atividade administrativa de polícia, antes exigindo também uma atividade administrativa de regulação. Entre a segunda e terceira fase identificadas assiste-se, do lado de lá do Atlântico, à ascensão do *modelo estatista*¹⁶⁷ (de

¹⁶⁴ Clarificando, de forma extremamente elucidativa, a distinção entre as funções de defesa e de proteção dos direitos dos cidadãos exercidas pelo Estado no quadro das relações entre particulares: SILVA, Jorge Pereira da, *Deveres do estado de proteção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015

¹⁶⁵ MASHAW, Jerry L., *op. cit.*

¹⁶⁶ SUNSTEIN, Cass R., «Standing and the privatization of Public Law», *Columbia Law Review*, Vol. 88 (1988), p. 1432-1481.

¹⁶⁷ MASHAW, Jerry L., *op. cit.*

direito público¹⁶⁸) de compreensão dos direitos no ordenamento estadunidense, embora aí a figura do serviço público nunca tenha logrado instituir-se¹⁶⁹.

Portanto, a (nova) Administração Pública não é mais uma Administração descomprometida com a realização dos direitos dos cidadãos, que se limita a barricar os direitos e liberdades dos indivíduos de interferências externas, intervindo em nome do interesse público na ordem e segurança. Diferentemente, é uma Administração empenhada na efetiva realização dos direitos dos cidadãos, quer assumindo diretamente essa tarefa (atividade de prestação), quer garantindo a sua realização por terceiros (atividade de regulação). A tutela dos direitos dos cidadãos assume-se como força motriz da atividade administrativa, a par da prossecução de outros interesses públicos de carácter genérico¹⁷⁰.

b) Direitos dos cidadãos tutelados pela Administração

A função administrativa de tutela dos direitos dos cidadãos pode concretizar-se por duas grandes vias: 1) a realização de direitos; e 2) a proteção de direitos¹⁷¹.

A *realização* dos direitos dos cidadãos concretiza-se por intermédio do serviço público, gerando relações *bilaterais* que ligam a Administração aos cidadãos. Neste domínio brotam *direitos subjetivos públicos*, titulados pelos particulares, que têm como corresponsivo *deveres administrativos de prestação*. Os cidadãos surgem, então, munidos da faculdade de exigir dos organismos administrativos determinadas atuações, de *dare* ou *facere*. Destaca-se, neste âmbito, a imediatidade do relacionamento: os direitos tutelados são, exatamente, os direitos satisfeitos pela atividade administrativa – há uma sobreposição decorrente de a proteção

¹⁶⁸ SUNSTEIN, Cass R., «Standing...», *op. cit.*

¹⁶⁹ Nos EUA, o período do *New Deal* abriu caminho, pela primeira vez na história do país, à intervenção substancial do Estado na economia. Embora esta intervenção não se tenha consubstanciado, pelo menos a título principal (como se consubstanciou do lado de cá do Atlântico), numa atividade prestacional propriamente dita, a regulação pública da economia expandiu-se avassaladoramente e passaram a extrair-se dos *statutes* direitos correspondentes à tutela dos interesses aí protegidos. A doutrina dedicou-se, inclusivamente, a construir um conceito de “*statutory property*”, que bem evidencia, apesar do desenvolvimento do modelo estadual no sentido de maior intervenção na esfera da sociedade, o profundo arraigamento da cultura jurídica norte-americana aos *common law values* e *rights*. Cf., para maiores desenvolvimentos: REICH, Charles A., «The new property», *The Yale Law Journal*, Vol. 73, Nº 5 (1964), p. 733-787.

¹⁷⁰ CORREIA, José Manuel Sérvulo, *op. cit.* destaca, exatamente, que o Direito Administrativo já não é apenas um direito de realização do interesse público. SILVA, Jorge Pereira da, *op. cit.* demonstra como a consagração de catálogos mais ou menos extensos de direitos fundamentais nas Constituições contemporâneas se repercutiu na reinterpretção da tradicional tarefa estadual de garantia da segurança, donde resultou o destaque da função de proteção dos direitos dos cidadãos – segundo o autor, o Estado passa a estar incumbido da *garantia ativa* desses direitos.

¹⁷¹ Seguimos os ensinamentos de GONÇALVES, Pedro, «Regulação...», *op. cit.*

administrativa dos direitos ser efetivada através da sua realização pela própria Administração.

A *proteção* dos direitos dos cidadãos, por sua vez, pressupõe uma atividade administrativa com incidência sobre terceiros, que não os titulares dos direitos protegidos. Neste domínio descortinam-se duas formas de atuação diversas: de um lado, a proteção de direitos convoca a atividade administrativa de *polícia*; de outro, traduz-se na atividade administrativa de *garantia*. A atuação de polícia dirige-se à *defesa* dos “direitos de liberdade” (de natureza negativa): trata-se dos direitos e liberdades individuais clássicos, que originam, para o respetivo titular, uma esfera de ação que não deve ser perturbada. A Administração limita-se a assegurar que terceiros se abstem de interferir indevidamente com essa esfera. A atividade de garantia, por sua vez, visa a *proteção* dos direitos de natureza positiva: direitos cuja realização depende de prestações de terceiros. Esta atividade de garantia subdivide-se, finalmente, em três áreas de atuação. Em primeiro lugar, a emergência do novo “Direito Administrativo de proteção” traduziu-se na criação de entidades administrativas especificamente incumbidas de proteger os cidadãos face à própria Administração – o exemplo paradigmático é o Provedor de Justiça. Estes organismos protegem os *direitos subjetivos públicos* que concedem aos respetivos titulares a faculdade de exigir determinados comportamentos dos entes públicos, assegurando que estes entes cumprem os deveres de ação correspondentes. Em segundo lugar, o rescaldo dos processos de privatização e liberalização colocou o Estado (Administrativo) em posição de garante dos direitos dos particulares a prestações de outros particulares. A proteção administrativa dirige-se, aqui, a *direitos subjetivos privados*, emergentes no seio de relações entre particulares. O papel da Administração consiste em assegurar o cumprimento, por parte dos particulares onerados, das obrigações que se contrapõem aos direitos protegidos, desta forma contribuindo para a realização desses direitos. Em terceiro lugar, a cultura jurídica e sociopolítica imperante entre nós funda ainda uma responsabilidade administrativa de proteção dos cidadãos contra si mesmos. Este é o campo onde o ativismo estadual-administrativo se vislumbra com maior clareza, sendo, *inclusive*, criticado por redundar em paternalismo. A nota distintiva da função administrativa de proteção de direitos, por oposição à realização de direitos, é o seu caráter mediato na concretização do objetivo pretendido: os direitos tutelados (públicos ou privados) não coincidem com o direito dos respetivos titulares à proteção administrativa. A realização dos direitos alvo de proteção não é incumbência do ente onerado com o dever de proteção,

mas antes dever (de ação ou omissão) de terceiros. A proteção dos direitos é conseguida, não mediante a sua realização direta pela Administração, mas através da atuação administrativa sobre os sujeitos onerados com os deveres correspondentes, impondo-lhes o cumprimento de tais obrigações. Consequentemente, há aqui uma coexistência de posições jurídicas ativas: os cidadãos titulam, além dos direitos subjetivos “típicos”, *direitos públicos de proteção*. A ideia de que os cidadãos têm direito à proteção administrativa dos direitos que lhes advêm de outras relações jurídicas é tributária de um modo de compreender as tarefas do Estado Administrativo que recusa a sua neutralidade¹⁷² na maioria dos campos da vida social. Entender que os direitos subjetivos dos cidadãos (públicos ou privados) estão cobertos por um invólucro protetor materializado em direitos (públicos) de proteção, sobretudo quanto aqueles primeiros têm natureza privada, pressupõe, a montante, um quadro referencial específico. Este quadro resulta dos ideais, valores e pré-conceitos imperantes na nossa *ambiance* sociocultural. A proteção dos direitos dos cidadãos é hoje reconhecida, sem prurido, como tarefa fundamental do Estado Administrativo. Ademais, a construção da dignidade da pessoa humana em moldes que envolvem o acesso um conjunto de prestações básicas está também sedimentada, entendendo-se que o Estado, ainda que não realizando diretamente essas prestações, haverá de desempenhar *algum* papel neste campo. Trata-se, portanto, de *public law values* que procuram sobreviver numa *Era of privatization*¹⁷³ adquirindo novas vestes, entre elas o Direito Administrativo de Proteção e, em concreto, a responsabilidade pública de garantia.

Pretendeu demonstrar-se que a Administração Pública contemporânea se move num campo marcado por valores e compreensões específicos, inerentes ao modelo de Estado e ao modo de organização da sociedade eleitos pela comunidade. Por conseguinte, a sua atuação haverá de estar funcionalizada à consecução de determinados fins e alinhada com certas diretrizes, independentemente do conteúdo concreto que as tarefas administrativas adquiram a cada momento.

¹⁷² Reforçando a ideia de que o paradigma contemporâneo afasta a possibilidade de uma neutralidade incondicional do Estado em qualquer setor da sociedade: SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid: Ed. Tecnos, 1983 *apud* PAREJO ALFONSO, L., «El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y los servicio públicos», *Revista de Administración Pública*, nº 153 (2000), p. 217-249

¹⁷³ «Symposium: public values in an era of privatization», *Harvard Law Review*, Vol. 116, Nº 5 (2003). Ainda sobre a matéria, mas da perspectiva do Direito Internacional *cf.* DICKINSON, Laura A., «Public law values in a privatized world», *The Yale Journal of International Law*, Vol. 31 (2006), p. 383-426.

2. Estado Administrativo e Regulação Pública: o *cosmos* regulatório

2.1 Estado, mercado e garantia

Na sequência da evolução apresentada¹⁷⁴ o figurino estatal adquire hoje a forma de Estado de Garantia, situado num plano intermédio entre os modelos extremados que ou recusam, por princípio, a intervenção estadual na economia ou legitimam a extensão dessa intervenção a praticamente toda a vida económica e social. Esta localização do modelo vigente advém da sua pretensão de aproveitamento e integração das virtualidades tanto dos mecanismos do Estado como do Mercado. Assim, a nota distintiva do arquétipo em apreço reside na conformação de um (novo) tipo de responsabilidade pública tendente a articular as vantagens irreproduzíveis do funcionamento do mercado com a capacidade exclusiva do poder público para sanar as falhas nas dinâmicas privadas, indesejáveis do ponto de vista da eficiência e do bem-estar social. Esta responsabilidade coloca o Estado na posição de garante do interesse público e dos direitos dos cidadãos. Nas áreas ocupadas por aquele interesse e/ou trespassadas por estes direitos, o Estado, orientando a atividade privada, *garante* resultados mesmo quando é o mercado encarregue de os *produzir*.

De entre os instrumentos do Estado de garantia¹⁷⁵ destaca-se a regulação pública. A análise detida da natureza e objetivos deste modelo estadual, bem como da própria *raison d'être* da sua edificação, conduz indiscutivelmente à conclusão de que o Estado de Garantia é, na

¹⁷⁴ *Supra* Capítulo I.

¹⁷⁵ Outros instrumentos típicos do Estado de Garantia são os procedimentos de seleção concorrencial e a colaboração público-privada. Ambos os instrumentos têm como campo de aplicação zonas do mercado que permanecem na esfera do Estado, em virtude da inexistência de mercado ou da indesejabilidade do seu funcionamento livre. No que se refere aos procedimentos de seleção concorrencial, a sua utilização tem subjacente o entendimento segundo o qual a ausência de concorrência *no* mercado não obsta à concorrência *para* o mercado: ainda que os vários operadores não concorram entre si no fornecimento do bem ou serviço em causa, nada impede a concorrência entre eles no acesso ao mercado correspondente. Entra, então, em cena o “direito da adjudicação”, cujo âmbito privilegiado de aplicação é o das compras públicas. Neste domínio, findo o procedimento seletivo, o Estado adjudica a realização de tarefas públicas ao particular que tenha apresentado a melhor proposta (contratual). Por esta via o Estado contrata os serviços de particulares, promovendo uma devolução (pontual) das tarefas públicas. A colaboração público-privada, por sua vez, traduz-se na transmutação da responsabilidade pública de execução numa outra de nível intermédio: o Estado atribui a execução direta da atividade (que permanece pública) a um particular, assumindo a posição de garante dessa execução. A figura rainha neste contexto é a concessão, *máxime* a concessão de serviço público. Os setores público e privado atuam, aqui, como *parceiros*, colaborando na prestação de determinados serviços: o parceiro público garante que essa prestação é realizada segundo determinadas diretrizes e condições e o parceiro privado efetua a prestação cumprindo tais diretrizes e condições. Este processo sinérgico poderá ser encetado com base em diversos expedientes, institucionais ou contratuais. Para maiores aprofundamentos, *cf.* GONÇALVES, Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos contratos públicos*, Coimbra: Almedina, 2016. GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes, «Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador», in MOREIRA, Vital, org., *Estudos de Regulação Pública I*, Coimbra: Coimbra Editora.

maior parte, um Estado Regulador. A localização deste modelo de Estado a meio caminho entre o modelo de Mercado e o modelo de Estado deve-se, em especial, à regulação pública. Tal qual *Atlas*¹⁷⁶, é a regulação que sustenta os “céus” do Estado garantidor: compensa o recuo do Estado necessário ao aproveitamento das virtualidades do mercado e à libertação da sociedade da hegemonia estatal, permitindo a subsistência do compromisso estadual com o bem-estar coletivo. Daí que o rescaldo dos processos de privatização e liberalização dos setores económicos que haviam sido abarcados pelos múltiplos tentáculos do Estado providência tenha levado a doutrina a falar numa “autorregulação privada publicamente regulada”¹⁷⁷. O Estado de garantia não se limitou a abrir espaço para a autorregulação privada, continuando envolvido na promoção e defesa dos valores inerentes ao princípio da socialidade, por via da regulação pública¹⁷⁸. A regulação permite fazer esta ponte entre os valores públicos e o novo mundo privatizado, que é tão cara ao Estado de garantia, particularmente no domínio dos serviços de interesse geral, de que nos ocuparemos.

2.2 Triângulo regulatório

A conceção da regulação como ponte entre o público e o privado e a sua delimitação conceitual por referência aos domínios de atividade privada¹⁷⁹ já levantam o pano quanto à multiplicidade de sujeitos atuantes no *cosmos* regulatório.

¹⁷⁶ Na mitologia grega, *Atlas* é um titã condenado por *Zeus* a sustentar os céus.

¹⁷⁷ GONÇALVES, Pedro, *Entidades privadas... op. cit.*

¹⁷⁸ Sobre o papel da regulação pública no “capitalismo tardio” e na reestruturação das relações entre o Estado e os cidadãos no rescaldo da denominada “crise do Estado Social”, cf. MARQUES, Francisco Paes, *op. cit.*

¹⁷⁹ No seguimento da delimitação conceitual *supra* efetuada (Capítulo II), o termo “regulação” é utilizado por referência à hétero-regulação pública: condicionamento da atividade (económica) privada encetado por entidades públicas. Cabe notar, todavia, que este conceito se antolha restrito em comparação com o que vem sendo utilizado, sobretudo, na doutrina estadunidense. Não obstante a dispersão encontrada em torno da questão, é comum encontrar-se referência à propriedade ou titularidade pública como “tipo” ou “modo” de regulação. Segundo esta compreensão do fenómeno regulatório, haverá que vislumbrar no seu âmago uma divisão fundamental entre a regulação por agência, de um lado, e a regulação por “nacionalização” (monopólio público), de outro. A diferença de perspetivas é resultado, em grande medida, da dessemelhança entre os percursos históricos dos ordenamentos jurídicos. Na Europa, a intervenção direta tem sido, historicamente, o modo preferencial de intervenção pública na economia: tanto para garantir a eficiência dos mercados como para prosseguir objetivos sociais (estimular o desenvolvimento, redistribuir rendimentos...), políticos (promover a democracia, fomentar a participação dos cidadãos...), entre outros, os Estados europeus têm um historial de assunção direta da execução de atividades económicas e de apropriação de infraestruturas e bens de utilidade geral. Esta é, aliás, a marca distintiva do Estado Providência do séc. XX. A transição para um modelo de Estado de Garantia trouxe, inevitavelmente, a *despublicatio* de muitas tarefas e setores de atividade e, por conseguinte, a substituição desse modo de intervenção pública por outros, com destaque para a hétero-regulação. O facto de a doutrina europeia mobilizar o conceito de “regulação” apenas a respeito deste novo quadro de intervenção pública na economia que exclui a propriedade ou titularidade pública deve-se, então, ao desejo de marcar a rutura entre o paradigma instituído a partir dos anos 1980/1990 e o paradigma anterior. Bem diferente é o percurso dos EUA, em que a regulação por agência remonta aos finais do séc. XIX. Dada a

A intervenção regulatória – para o que nos interessa, administrativa – situa-se num quadro de relacionamento triangular¹⁸⁰: Administração, operadores económicos e consumidores relacionam-se entre si¹⁸¹. No vértice superior do triângulo localiza-se a Administração Pública e nos vértices da base os particulares produtores de bens e serviços e os cidadãos consumidores ou utilizadores.

Uma das laterais do triângulo é formada pela relação entre a Administração¹⁸² e os atores privados diretamente visados pelas normas regulatórias. É comum, sobretudo na literatura estadunidense, a referência ao conjunto destes atores como “objeto” da regulação. Porém, esta é uma incorreção conceitual que, a jeito de sinédoque, toma o todo pela parte. É que, em bom rigor, esta lateral do triângulo regulatório comporta dois tipos de relações, ambos estabelecidos entre a Administração e as entidades reguladas. Desde logo, estabelece-se uma *relação de regulação* em sentido estrito: a regulação produzida pela Administração impõe aos operadores económicos a atuar no setor regulado obrigações, proibições e regras de conduta em geral, cujo cumprimento é alvo da atividade supervisora e fiscalizadora daquela. Paralelamente, sujeitos regulados e Administração estão ligados por uma *relação de proteção*. Os produtores de bens e serviços a atuar em mercados regulados não ocupam apenas uma posição de sujeição, em que vêm a sua atividade condicionada pelas disposições regulatórias; estão também munidos da faculdade de exigir da Administração reguladora proteção face a comportamentos lesivos de concorrentes. Nos termos expostos, a regulação dirige-se (pelo menos, deve dirigir-se) à correção das falhas do mercado, entre elas a concorrência desleal. A concorrência é, de facto, um valor basilar no campo económico: dela

longa tradição das *agencies* norte-americanas e a inabalável crença no mercado que sempre imperou em território norte-americano, não é sentida pela doutrina a necessidade de marcar decisivamente a distinção ente a regulação externa da economia e a intervenção pública direta e monopolista. Magistralmente sobre a comparação entre os “modos” de regulação e os respetivos quadros de desenvolvimento na Europa e nos EUA: MAJONE, Giandomenico, *op. cit.*

¹⁸⁰ MARQUES, Francisco Paes, *op. cit.* sublinha o contributo da atividade regulatória para a expansão da multipolaridade administrativa.

¹⁸¹ As relações triangulares são um subtipo das relações jurídicas multipolares. Sobre esta categoria, definindo-a e elencando os respetivos elementos, *cf.* CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho, «Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo», *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra: Almedina, N° 1 (1994), p. 55-66. MARQUES, Francisco Paes, *op. cit.*

¹⁸² Para efeitos da presente exposição, não é determinante o tipo de organismo administrativo encarregue da função regulatória (entidade administrativa desgovernamentalizada e independente, organismo administrativo com independência sujeito a supervisão e orientação governamental ou departamento integrado na hierarquia da Administração estadual). Uma vez que ficou afastada a qualificação das autoridades reguladoras independentes como “Quarto Poder” do Estado (*vide supra* Capítulo II, 3.3), a referência genérica à Administração Pública permite englobar todas as categorias de organismos dedicados à função regulatória, simplificado o raciocínio que se pretende construir.

depende o funcionamento efetivo das dinâmicas do mercado e a verificação dos resultados profícuos para o progresso económico e social que comumente lhe andam associados. Assim, a intervenção pública regulatória tem também como finalidade o “nivelamento do campo de jogo” (*leveling the playing field*), isto é, a criação e garantia das condições necessárias ao desenvolvimento de uma concorrência sã e leal. Nestes termos, os próprios regulados têm direito a atuar em mercados onde essas condições se encontram reunidas; a concorrer em “pé de igualdade” com os demais operadores. Destarte, além de objeto da regulação produzida pela Administração, os regulados têm direito a que a atividade reguladora proteja os seus direitos e interesses.

A base do triângulo, por sua vez, é formada pela relação entre os operadores económicos fornecedores de bens e serviços e os cidadãos consumidores desses bens e serviços. Esta relação é uma típica relação de consumo, de natureza jus-privatística. Não obstante, devido ao potencial de litigiosidade que encerra, ao envolvimento de direitos fundamentais e aos distúrbios suscetíveis de afetarem o mercado relevante, esta relação jurídico-privada surge enquadrada por uma moldura jurídico-pública. Ademais, esta relação é, as mais das vezes, circundada por outras posições subjetivas que sobre ela influem de forma indireta, entre as quais se destacam as de natureza jusfundamental. De facto, importa não ignorar que a regulação pública tem como campo de aplicação predileto o domínio dos serviços de interesse geral. Ora, o que concede a determinadas prestações essa qualidade é, exatamente, a respetiva essencialidade na satisfação de necessidades básicas dos cidadãos¹⁸³. Trata-se de atividades que se considera de interesse público porque produzem utilidades essenciais para

¹⁸³ A delimitação concreta do conceito continua a gerar alguma celeuma na doutrina comunitária e nacional. De facto, apesar da sua utilização no TFUE e da sua cada vez maior difusão, quer no seio da Academia, quer em decisões jurisprudenciais e, sobretudo, em instrumentos editados pelas instituições comunitárias, nenhuma significação definitiva foi ainda fixada, tanto a nível comunitário como, entre nós, a nível nacional. No plano supranacional, a Comissão tem reiterado, por intermédio das Comunicações que vem publicando sobre a matéria, o princípio da liberdade dos Estados-Membros na definição dos serviços de interesse geral. A mais recente Comunicação da Comissão sobre a matéria (a COM(2011) 900, que define um quadro de qualidade para os serviços de interesse geral na Europa) já avança com amplas definições, para efeitos de sistematização, dos conceitos de “serviços de interesse geral”, “serviços de interesse económico geral”, “serviços sociais de interesse geral” e “serviços públicos”. De todo o modo, pode afirmar-se que o elemento estruturante dos vários conceitos é, sem dúvida, o “interesse geral ou público”, donde decorre a respetiva localização em domínios da vida económica e social que andam associados a necessidades coletivas básicas na perspetiva de uma vida condigna. Sobre a questão cf. ANJOS, Maria do Rosário, «Os serviços de interesse económico geral da União Europeia: concorrência e obrigações de serviço público», *Reflexões: Revista Científica da Universidade Lusófona do Porto*, Porto: C.F.A.C., Ano 1, Nº 1 (2006), p. 205-230. CADETE, Eduardo Maia, *Concorrência e Serviços de Interesse Económico Geral*, São João do Estoril: Príncípia, 2005. GOUVEIA, Rodrigo, *Os serviços de interesse geral em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001. LOPES, Dulce, *op. cit.* NUNES, A. J. Avelãs, *et. al.*, *Os caminhos da privatização da administração pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001. SILVA, João Nuno Calvão da, *op. cit.*

uma vida com condições humanamente condignas. É exatamente essa *essencialidade* que justifica a intervenção reguladora do Estado, mormente a configurada na imposição das designadas “*obrigações de serviço público*” aos operadores económicos. A regulação, enquanto *instrumentum* público, permite articular a liberdade de iniciativa económica privada com o interesse público e os direitos dos cidadãos, “substituindo” a apropriação pública das atividades em causa: em vez de assumir, por si mesmo, a prestação dos serviços essenciais, o Estado devolve essa prestação ao mercado e controla a execução privada, vinculando-a a objetivos de interesse público e garantindo o respeito pelos direitos dos utilizadores dos serviços. Portanto, a definição de *standards* de qualidade e segurança, bem como a garantia da igualdade, continuidade e acessibilidade na prestação dos serviços são tarefas nucleares do Estado de garantia. O ponto que tem vindo a ser feito convoca, aliás, um *post scriptum* relevante para a correta perspetivação do triângulo regulatório: o valor primacial que a igualdade adquire no cenário em apreço exige a configuração do vértice ocupado pelos consumidores em termos mais amplos do que poderia equacionar-se *ab initio*. O imperativo da igualdade no acesso aos serviços essenciais converte todos os cidadãos em *potenciais consumidores*: num plano ideal, todo o cidadão, só por o ser, tem direito a pretender aceder a serviços essenciais, mesmo se prestados no mercado. Consequentemente, o vértice do triângulo regulatório a que nos reportamos haverá de contar, pelo menos em termos abstratos, com todos os cidadãos em geral. Dentro desta categoria ampla haverá que discernir aqueles cidadãos que, em concreto, utilizam os serviços disponibilizados. Poderá nomear-se este grupo mais restrito de “consumidores”, “utentes”, “utilizadores”... O termo “*consumidores*” apresenta a vantagem de iluminar a natureza privatística da relação de prestação, apartando-os dos *utentes* dos tradicionais serviços públicos¹⁸⁴. Esta visão mais ampla da categoria dos utilizadores dos serviços permite extrair uma importante conclusão: há uma complexidade extraordinária do lado ativo desta relação de consumo, devida à sua envolvimento por valores públicos fundamentais. Esta complexidade sustentará uma gradação

¹⁸⁴ É comum na doutrina a referência à substituição da categoria dos “utentes do serviço público” por aquela de “consumidores do serviço de interesse económico geral”. Esta substituição será, de acordo com os autores que a evidenciam, resultado do processo de *despublicatio* ocorrido. Pretende enfatizar-se a diferença de situações jurídicas positivas em causa: ao passo que a posição de “utentes” dos serviços públicos gera direitos subjetivos públicos de índole prestacional, a posição de “consumidores” dos serviços de interesse económico geral sustenta direitos subjetivos prestacionais de natureza privada; os direitos subjetivos públicos eventualmente descortinados já não se reportam à prestação dos serviços. Ademais, esta categorização dos utilizadores dos serviços como consumidores enfatiza ainda a aplicabilidade, nesta sede, das disposições privatísticas do Direito do consumo, bem como das normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais do consumidor (art. 60º CRP).

das posições jurídicas ativas tituladas pelos cidadãos em relação à Administração reguladora consoante a sua maior ou menor robustez.

A restante lateral do triângulo regulatório representa a relação entre os cidadãos-consumidores e a Administração Pública. A relação em apreço não se reconduz ao esquema de relacionamento entre Administração e administrados, típico do Direito Administrativo moderno, uma vez que os cidadãos não surgem como destinatários da atividade administrativa¹⁸⁵. Este vínculo que liga Administração e cidadãos foge, por isso, aos cânones clássicos do Direito Administrativo, nascido para proteger os *administrados* e desenvolvido em torno de um conceito de relação jurídico-administrativa de configuração *bipolar*. A evolução deste quadro foi viabilizada pela mudança de paradigma inerente ao florescimento da *responsabilidade pública de garantia*. Ao passo que as tradicionais responsabilidades públicas de base e enquadramento e de execução atuam em cenários unidimensionais, a responsabilidade de garantia surge num panorama multidimensional. A responsabilidade de garantia representa a ultrapassagem da visão monista segundo a qual as relações jurídico-públicas são necessariamente lineares, reconhecendo-se o seu potencial poligonal. De entre a diversidade de formas de relacionamento entre Administração e particulares destacam-se, exatamente, as relações de proteção. Ao lado da relação de proteção entre Administração e entidades reguladas, já analisada, coloca-se a relação de proteção entre Administração e cidadãos-consumidores. O dever de proteção que recai sobre a Administração é corolário da própria essência do Estado de Garantia: um Estado que se propõe a conciliar a iniciativa privada e as dinâmicas do mercado com o interesse público e a tutela dos direitos dos cidadãos, haverá de assumir uma posição de garante ativa e, face a ameaças concretas, interventiva. A *relação de proteção* que forma esta lateral do triângulo repercute-se, para a Administração, num dever de atuar sobre os regulados, no contexto da *relação de regulação* que dá forma à outra lateral do triângulo, para, desta forma, controlar a sua conduta no âmbito da *relação de consumo* que, formando a base do triângulo, os conexas com os consumidores dos serviços. Esta é a dinâmica circular que caracteriza o novo Estado de garantia, nomeadamente na sua dimensão de Estado regulador. Não associar à relação de regulação (e à relação de consumo que aquela pretende influenciar) uma ideia de proteção estadual significa desconfigurar por completo o modelo em apreço. A ideia de garantia é o

¹⁸⁵ Sobre a figura do “administrado”, cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Madrid: Editorial Civitas, 2002.

punctum saliens desta construção, de tal modo que sem a sua materialização concreta em direitos e deveres de proteção todo o modelo desaba.

2.3 Objeto e beneficiários da regulação

Em linha com o anunciado, verifica-se na literatura especializada uma distinção entre os destinatários da regulação e os seus beneficiários¹⁸⁶. A distinção pode, de facto, ter alguma utilidade; todavia, é necessário despi-la das pré-compreensões que comumente lhe andam associadas¹⁸⁷.

A grande virtualidade desta visão dual é permitir a compartimentação dos interesses em jogo nos diversos cenários de relacionamento que compõem o *cosmos* regulatório, o que constitui um contributo fulcral para a construção de uma teoria das garantias regulatórias¹⁸⁸. No relacionamento entre Administração e destinatários da regulação (*objects of regulation*) imperam, sobretudo, valores individualísticos, isto é, direitos de *liberdade*; enquanto no relacionamento entre a Administração e os beneficiários da regulação (*statutory beneficiaries*) dominam valores comunitários, ou seja, direitos de *socialidade*. Como bem se compreende, a prevenção e reparação das lesões a tais direitos convocarão soluções jurídicas distintas¹⁸⁹.

¹⁸⁶ BHAGWAT, Ashutosh, «Three-Banch Monte», *Notre Dame Law Review*, Vol. 72 (1996), p. 157-191. BRESSMAN, Lisa Schultz, «Judicial review of agency inaction: an arbitrariness approach», *New York University Law Review*, Vol. 74 (2004), p. 1657-1718. MENDELSON, Nina A., «Regulatory beneficiaries and informal agency policymaking», *Cornell Law Review*, Vol. 92 (2007), p. 397-452. SHAPIRO, Sidney A., «Rulemaking inaction and the failure of administrative law», *Duke Law Journal*, Vol. 68 (2009), p. 1805-1841. SUNSTEIN, Cass R., «What's standing after *Lujan*? Of citizen suits, "injuries" and Article III», *Michigan Law Review*, Vol. 91 (1992), p. 163-236. SUNSTEIN, Cass R.; STEWART, Richard B., «Public programs and private rights», *Harvard Law Review*, Vol. 95, n° 6 (1982), p. 1193-1322. SUNSTEIN, Cass R., «Standing...», *op. cit.*

¹⁸⁷ Entre nós, a doutrina começa também a reconhecer a impropriedade da distinção entre “destinatários” e “terceiros” no quadro das relações jurídico-administrativas multipolares (categoria a que pertencem as relações regulatórias, como subtipo): por todos, *cf.* MARQUES, Francisco Paes, *op. cit.* Particularmente interessante é a ponte estabelecida pelo autor entre a distinção entre destinatários e terceiros e a configuração tradicional da relação jurídico-administrativa sob a forma bilateral. Entende que aquela distinção resulta de um “equivoco dogmático”, decorrente de uma pré-compreensão da relação administrativa que designa de “teoria da duplicidade estatutária formal”. Este entendimento equivocado desvela a subsistência dissimulada da visão liberal nos quadros dogmáticos formulados pela doutrina contemporânea, o que explica o desconforto em torno da atribuição de uma posição jurídico-substantiva aos sujeitos não diretamente afetados pelos atos jurídico-públicos praticados pela Administração que estão na génese das relações administrativas.

¹⁸⁸ Alertando para o facto de a assimetria da proteção jurisdicional concedida aos interesses dos destinatários da regulação e dos seus beneficiários fomentar a captura regulatória e, por conseguinte, a falha regulatória: JR., Richard J. Pierce, «*Lujan v. Defenders of Wildlife: Standing as a Judicially Imposed Limit on Legislative Power*», *Duke Law Journal*, Vol. 42 (1993), p. 1194-1195.

¹⁸⁹ Sobre a assimetria entre as garantias jurisdicionais acessíveis aos destinatários e beneficiários da regulação, *vide* o estudo seminal de SUNSTEIN, Cass R. e STEWART, Richard B., *op. cit.* Evidentemente, o facto de o

O verdadeiro *handicap* desta contraposição reside na tendência para homogeneizar os grupos de sujeitos integrados em cada categoria. Sendo certo que, em contextos relacionais concretos, as entidades reguladas surgem, muitas vezes, como objeto da regulação, não devem ignorar-se os casos em que figuram como beneficiárias. De igual modo, os cidadãos-consumidores dos serviços regulados são considerados, as mais das vezes, no papel de beneficiários, mas podem também, em certos termos, encarar-se como objeto da regulação¹⁹⁰. Por um lado, as entidades reguladas são também beneficiárias dos regimes regulatórios, desde logo, porquanto beneficiam das disposições legais que limitam os poderes dos reguladores. Ademais, por via negativa, os regimes regulatórios definem a respetiva esfera de ação livre, concedendo-lhe proteção: dentro dessa esfera os operadores podem desenvolver as atividades reguladas como bem entenderem, sem que a Administração ou os consumidores possam interferir ou reagir contra essa atuação. Por fim, os regulados são ainda abrangidos pela proteção estadual emergente dos sistemas regulatórios na medida em que a regulação também tutela interesses que lhes dizem respeito, como a concorrência leal. Por outro lado, os cidadãos em geral e os consumidores em particular devem também ser qualificados como objeto da regulação uma vez que as disposições regulatórias, ao delimitarem o campo de atuação dos operadores económicos, permitem a estes últimos atuar sobre a esfera daqueles primeiros, interferindo nos seus direitos e interesses protegidos (pense-se, por exemplo, na faculdade dos distribuidores de eletricidade de suspender o fornecimento nos casos previstos na lei).

Em síntese: pese embora a utilidade da distinção entre destinatários e beneficiários da regulação, importa ter em mente que os vários atores privados atuantes no *cosmos* regulatório se podem assumir, em circunstâncias distintas, quer como destinatários quer como beneficiários da regulação.

texto se reportar a um ordenamento de *common law* não permite uma transposição integral das conclusões para o panorama continental e nacional. Não obstante, o cerne da questão – o desequilíbrio entre as posições jurídicas dos destinatários e dos beneficiários da regulação para efeitos de defesa jurisdicional dos seus direitos – é tão válido e interessante lá como cá. Sobre a mesma questão, propondo um enquadramento novel para a questão, cf. BRESSMAN, Lisa Schultz, *op. cit.*

¹⁹⁰ SUNSTEIN, Cass R., «Standing...», *op. cit.*, p. 1447.

3. Falha regulatória¹⁹¹: entre deveres e direitos

3.1 Concetualização

Nos anos 1970, no rescaldo daquele que foi o período de maior intervencionismo estatal na economia norte-americana – abrangendo desde o *New Deal*¹⁹² de Roosevelt até à *Great Society*¹⁹³ de Johnson –, o conceito de “falha regulatória” (*regulatory failure*) saltou para o centro do debate em torno da regulação pública nos EUA. Na Europa, semelhante fenómeno teria lugar cerca de trinta anos mais tarde, no auge da crise de 2008¹⁹⁴. Apesar de em ambos os cenários o comburente do debate ter sido a ideia de “falha regulatória”, os termos em o conceito foi utilizado em cada ocasião foram distintos: no primeiro caso, as vozes críticas levantaram-se contra o excesso e ineficiência de regulação¹⁹⁵; no segundo caso, apontaram-se o défice e leniência da atividade regulatória como causas da crise no espaço europeu¹⁹⁶. Este panorama permite retirar uma primeira conclusão basilar: a falha regulatória¹⁹⁷ é um fenómeno de extrema complexidade e grande amplitude, abarcando tanto condutas repressivo-agressivas como comportamentos complacentes e negligentes.

Para os efeitos do presente estudo, o conceito de *falha regulatória* reporta-se ao funcionamento anormal do sistema regulatório¹⁹⁸, traduzido na desconformidade com os fins

¹⁹¹ Esclarece-se, a título prévio, que a exposição subsequente tem como âmbito de incidência somente a regulação *administrativa*. Em linha com a direção que vem sendo tomada, o foco do discurso é mais limitado do que o terreno da regulação pública em geral, restringindo-se à atividade regulatória da Administração.

¹⁹² O termo *New Deal* reporta-se ao conjunto de programas implementados pelo Governo dos EUA – à época sob a presidência de Franklin Roosevelt – com o intuito de reerguer a economia após a Grande Depressão dos anos 1930 e de prestar auxílio aos milhões de americanos remetidos para a pobreza na sequência da recessão económica. As políticas *rooseveltianas* ficaram célebres pelo marcado pendor social e intervencionista, inédito no país. Ademais, repercutiram-se ainda na proliferação da regulação no campo das infraestruturas.

¹⁹³ A expressão *Great Society* refere à série de programas desenvolvida pelo Governo de Lyndon Johnson, cuja orientação fundamental era a eliminação da pobreza na sociedade norte-americana. A maior expansão da regulação pública deu-se, durante este período, nas áreas do ambiente, da segurança e da saúde.

¹⁹⁴ A crise de 2007-2008, entende-se hoje, contou com duas dimensões: por um lado, foi uma crise económico-financeira; por outro, foi uma crise de dívidas soberanas. O início daquela primeira dimensão da crise é simbolicamente identificado com o dia da falência do banco de investimento *Lehman Brothers*, sendo consensual a assunção dos EUA como epicentro da crise. Assim, também aí o debate em torno da falha regulatória se reacendeu, mas agora em torno de um outro tipo: a desregulação devida à inação.

¹⁹⁵ Na sequência destas críticas, o último quartel do séc. XX, nos EUA, foi marcado por um forte movimento desregulador, alimentado também pela ideologia ultraliberal imperante.

¹⁹⁶ Em consequência desta constatação, o processo de reestruturação das economias europeias no pós-crise contou com o robustecimento dos poderes regulatórios dos Estados.

¹⁹⁷ A discussão sobre a falha regulatória enquadra-se no mais alargado debate em torno da falha pública (*government failure*). A ideia de *falha pública* foi avançada no contexto das investigações da *Public Choice*, ainda nos anos 1960. Surgiu por oposição à *falha de mercado*, integrando um raciocínio que pretendia desmascarar a *nirvana fallacy* inerente à ideia de que a intervenção pública (mormente regulatória) corrige eficazmente as falhas do mercado. Os dois conceitos têm sido, desde então, utilizados no plano político por facções ideológicas opostas para defender modelos estaduais mais ou menos intervencionistas.

¹⁹⁸ Nesta linha: ORBACH, Barak, «What is government failure?», *Yale Journal on Regulation Online*, Nº 44 (2013).

e valores para cuja realização e proteção foi instituído¹⁹⁹. Dentro destas fronteiras haverá de discernir-se três subtipos de falhas regulatórias²⁰⁰: 1) o excesso de regulação; 2) o déficit de regulação; e 3) o desvio de poder regulatório²⁰¹. O *excesso de regulação* consubstancia-se numa atividade regulatória demasiado prescritiva, rigorosa ou persecutória. A *falha* consiste, aqui, quer na sobrevalorização da dimensão formal do regime regulatório em detrimento da sua dimensão teleológica, quer no extravasamento dos limites dos poderes regulatórios. A concretização das finalidades que dão arrimo aos sistemas regulatórios requer flexibilidade na sua execução e a adoção de uma abordagem pragmática. No polo oposto, o *défice de regulação* traduz-se numa atividade regulatória inadequada ou na ausência da intervenção devida e necessária. A *falha* reside, neste âmbito, ou na inaptidão da atividade regulatória para cumprir os fins a que se destina, ou na inatividade regulatória, parcial ou total. Uma vez que a regulação se destina a influir sobre o comportamento dos atores privados a atuar no mercado, a lassidão e indulgência do regulador antolham-se *anti-natura*: ao permitir mais do que devia, o regulador possibilita que os operadores se comportem tal como se comportariam na ausência de regulação, o que equivale a *desregular* o mercado em causa²⁰². Além destas duas patologias, é ainda possível identificar uma outra, não tantas vezes destacada pela doutrina: o desvio de poder regulatório. O *desvio de poder* verifica-se quando, atuando, ou não, dentro do quadro regulatório estabelecido, o regulador faz uso das respetivas competências de forma tendenciosa ou não isenta. Este cenário terá lugar nas situações em que as escolhas do regulador a respeito da alocação dos recursos

¹⁹⁹ A falha regulatória conduz, com frequência, a “desastres regulatórios”, definidos por Julia Black como “a catastrophic event or series of events which have significantly harmful impacts on the life, health or financial wellbeing of individuals or the environment, caused, at least in part, by a failure in the design and/or operation of the regulatory regime put in place to prevent their occurrence.” – BLACK, Julia, «Learning from regulatory disasters», *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, Nº 24/2014, p. 2. Este fenómeno verifica-se, portanto, quando uma falha regulatória produz resultados excepcionalmente perniciosos, cuja verificação cabia, exatamente, ao sistema regulatório prevenir.

²⁰⁰ As várias categorias de falhas regulatórias podem verificar-se no exercício de qualquer dos poderes regulatórios da Administração: déficit ou excesso de regulamentação, de adjudicação, de supervisão...

²⁰¹ Também efetuando uma categorização tripartida, embora exclusivamente a respeito da atividade de *enforcement*: BARKOW, Rachel, «Overseeing agency enforcement», *The George Washington Law Review*, Vol. 84, nº 5 (2016). A ideia de desvio de poder regulatório aproxima-se daquela de “*selective enforcement*”, utilizada pela autora.

²⁰² Cf. DEACON, Daniel T., «Deregulation through nonenforcement», *New York University Law Review*, Vol. 85 (2010), p. 795-828. Recentemente, a correlação entre o déficit de regulação e a desregulação encontra-se sob foco em virtude do projeto desregulatório que vem sendo levado a cabo pela Administração Trump – cf. BUZBEE, William W., «Agency Statutory Abnegation in the Deregulatory Playbook», *Duke Law Journal*, Duke University School of Law, Vol. 68, Nº 8 (2019), p. 1509-1591. METZGER, Gillian E., «1930s Redux: the Administrative State under siege», *Harvard Law Review*, Cambridge: Harvard Law Review Association, Vol. 131, Nº 1 (2017), p. 1-95.

escassos e do planeamento do exercício das respetivas competências assentam, não em princípios gerais e neutros, mas no objetivo de beneficiar interesses alheios ao espírito da regulação (próprios ou de terceiros). A diferença entre o desvio de poder, por um lado, e o excesso e défice de regulação, por outro reside, então, no dolo do agente. É que, como observa Stiglitz, a falha regulatória pode ser “a matter of *incompetence*, [or] of *corruption*”²⁰³. A destriça releva na medida em que poderá mostrar-se decisiva para efeitos de responsabilização do agente em caso de ressarcimento dos danos causados a terceiros.

3.2 Competências e deveres administrativos

A doutrina administrativista há muito que vem configurando as competências administrativas como *poderes-deveres* ou *poderes funcionais*²⁰⁴: poderes atribuídos aos órgãos administrativos para prossecução de interesses objetivos de outrem (o interesse público).

As entidades administrativas não dispõem de poderes próprios ou originários, pelo que, ao invés dos particulares, só podem fazer o que lhes for permitido – o princípio da competência e o princípio da legalidade são imperativos basilares no quadro da ação administrativa. Os poderes de ação de que carecem para agir são conferidos aos entes administrativos por normas jurídicas, integráveis em duas grandes categorias. Por um lado, as *normas de atribuição* outorgam a cada pessoa coletiva pública um (ou mais) interesse(s) público(s), cuja consecução passa a ser a respetiva missão. Por outro lado, as *normas de competência* conferem aos órgãos dessas entidades poderes concretos para realização prática daquela missão. Portanto, as competências são *meios* conferidos aos órgãos administrativos para que estes prossigam o *fim* que lhes é acometido: a realização de determinado interesse público. O princípio do interesse público é, então, outro pilar do agir administrativo.

Deste modo, às competências administrativas correspondem deveres, ainda que estes se possam mostrar mais ou menos genéricos, consoante a tipologia da norma de competência²⁰⁵. É o seu incumprimento que gera, as mais das vezes, a falha regulatória.

²⁰³ STIGLITZ, Joseph E. Stiglitz, «Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation», in BALLEISEN, E., MOSS, D., ed., *Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation*, Cambridge: Cambridge University Press., p. 15.

²⁰⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições... op. cit.* SOARES, Rogério E., *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra: Atlântida, 1955.

²⁰⁵ Sobre a vinculação e discricionariedade administrativas resultantes das normas legais, mostrando os termos em que a interpretação de pendor ideológico pode subverter o teor da lei, cf. SUNSTEIN, Cass R.;

As normas de competência dividem-se, segundo a sua natureza²⁰⁶, em normas permissivas e normas imperativas. As normas *imperativas* atribuem à Administração competências que ela *deve* exercer quando reunidas as condições identificadas como seu pressuposto²⁰⁷. Consoante a concretude dessas condições, podem emergir dois tipos de deveres administrativos. Em primeiro lugar, um *dever específico de agir*: a norma desenha uma situação concreta e determinada cuja verificação gera, para a Administração, o dever de agir *in casu*. O conteúdo das medidas a adotar ou dos meios a utilizar pode, ou não, estar na disponibilidade da Administração; mas, em todo o caso, a ação administrativa no caso *concreto é devida*. Em segundo lugar, a norma de competência pode criar um *dever geral de agir*: a norma estabelece o quadro em que a competência deve ser exercida, mas não impõe à Administração o respetivo exercício em todas as situações reais que a ele se subsumam. O legislador reconhece que a Administração não dispõe de meios para atuar em todos os casos a todo o momento, concedendo-lhe, muitas vezes, espaço para planejar e programar o exercício das suas competências e a realização das suas missões. Têm especial relevo, neste domínio, as prerrogativas da Administração na alocação dos recursos disponíveis entre as várias alternativas de ação possíveis e de priorização da sua atividade, consoante as opções de política geral adotadas²⁰⁸.

As normas *permissivas*, por seu lado, concedem à Administração uma competência que esta *pode*, ou não, exercer. Aqui o poder administrativo não está ligado a um dever de agir, porquanto o órgão competente decide livremente se atua ou não. O que não obsta, sublinhe-se, ao caráter funcional do poder atribuído à Administração: *se* o órgão competente decidir exercer a competência, haverá de exercê-la em vista do cumprimento do interesse público subjacente; e mesmo a decisão de agir ou não agir haverá de encontrar respaldo nesse

VERMEULE, Adrian, «Libertarian Administrative Law», *The University of Chicago Law Review*, Chicago: The University of Chicago Press, Vol. 82, Nº 1 (2015), p. 393-473

²⁰⁶ Para a categorização das normas de competência segundo a respetiva estrutura, cf. GONÇALVES, Pedro, *Manual... op. cit.*, p. 168-175.

²⁰⁷ Seguem-se aqui os ensinamentos de GONÇALVES, Pedro, «Ensaio sobre a figura da inação administrativa oficiosa», in *Nos 20 Anos dos CJA*, Braga: CEJUR, 2017, p. 295-340

²⁰⁸ A alocação dos recursos próprios, o planeamento da sua atividade e a programação do modo de concretização dos fins que lhe são atribuídos constituem componentes definitórias da própria função administrativa enquanto função pública que se diferencia das funções legislativa, política e jurisdicional. Cf. BIBER, Eric, «The importance of resource allocation in administrative law», *Administrative Law Review*, Vol. 60 (2008), p. 1-64. DATLA, Kirti, «The tailoring rule: mending the conflict between plain text and agency resource constraints», *New York University Law Review*, Vol. 86 (2011), p. 1989-2027. JACOBS, Sharon B., «The Administrative State's Passive Virtues», *Administrative Law Review*, Vol. 66 (2014), p. 565-625. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian, «The law of “not now”: when agencies defer decisions», *The Georgetown Law Journal*, Vol. 103 (2014), p. 157-194.

interesse. Este tipo de normas dá lugar, não a um dever de agir, mas a *discricionariedade de ação*, cujo exercício é controlável por referência ao dever de prossecução do interesse público e demais princípios gerais, nos termos em que a doutrina vem propugnado o controlo do exercício de poderes discricionários²⁰⁹.

Como se compreende, esta tipologia tem plena aplicação a respeito do Direito Administrativo da Regulação – as normas atributivas de competências regulatórias podem gerar deveres de agir, gerais²¹⁰ ou específicos²¹¹, ou envolver discricionariedade de ação²¹².

3.3 Deveres e direitos: dois lados da mesma moeda (?)

A atividade administrativa, como qualquer atividade desenvolvida em sociedade, desenvolve-se num contexto relacional, estando, por isso, envolta numa rede de relações jurídicas, das quais emergem posições ativas e passivas²¹³. Na doutrina administrativista tradicional as relações administrativas entre a Administração e os particulares eram compreendidas em termos limitados. Por um lado, esta tipologia de relações administrativas era configurada somente em termos assimétricos: os deveres da Administração resultantes de normas jurídicas não tinham como corresponsivo direitos substantivos dos particulares, mas tão-só, quando muito, simples interesses. Por outro lado, entendia-se que tais relações eram simples e bipolares: apresentam apenas dois polos (um ativo e um passivo) ocupados por dois sujeitos (um público e um privado)²¹⁴. A evolução da dogmática administrativa deu aso à progressiva superação deste entendimento. Desde logo, passou a reconhecer-se a existência de relações jurídico-administrativas simétricas e dissimétricas. É hoje inquestionável que os particulares titulam verdadeiros direitos subjetivos face à Administração – direitos fundamentais (oponíveis à Administração por determinação constitucional) ou direitos resultantes da proteção legal dos respetivos interesses. Em

²⁰⁹ Cf. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de direito administrativo*, Vol. II Coimbra: Almedina, 2018, p. 65-101. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições... op. cit.*, p. 62-64. GONÇALVES, Pedro, *Manual... op. cit.*, p. 235-250.

²¹⁰ Veja-se, a título de exemplo, a competência da ERSE para realização inquéritos, auditorias e inspeções às empresas reguladas – art. 58º/1/m) Decreto-Lei nº 29/2006.

²¹¹ Considere-se, ilustrativamente, a competência da ERSE para fixar os preços de referência da comercialização de gás natural para clientes de baixa pressão – art. 38º/4 Decreto-Lei nº 140/2006.

²¹² Repare-se, por exemplo, na competência da ANACOM para adotar medidas urgentes, nos termos do art. 9º da Lei nº 5/2004.

²¹³ Sobre a assunção, pelo Direito Administrativo contemporâneo, de uma “perspetiva relacional”: CORREIA, José Manuel Sérvulo, *op. cit.*

²¹⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições... op. cit.*, p. 70-84.

consequência, as relações administrativas não de assumir estrutura simétrica – quando à posição passiva da Administração corresponde a posição ativa do particular – ou dissimétrica – quando tanto a Administração como o particular são investidos em posições passivas e ativas conexas entre si. Ademais, começou também a admitir-se a existência de relações jurídico-administrativas multipolares, polissimétricas ou multilaterais, compostas por mais do que dois polos de interesse e participadas por uma variedade de sujeitos²¹⁵. Esta nova visão representou um desenvolvimento de grande relevo, viabilizando a expansão do campo da ciência do direito administrativo de modo a abranger novos valores, atores e modos de realização do interesse público²¹⁶. É, exatamente, neste contexto que passa a reconhecer-se a importância das relações entre particulares (jurídico-privadas) no plano administrativo. Tudo quanto se coloca com especial acuidade no espaço da regulação pública e por referência às tarefas do Estado regulador.

Chegados a este ponto, impõe-se indagar: aos deveres de regular resultantes para a Administração Pública das normas que lhe atribuem as respectivas competências regulatórias contrapõem-se direitos dos particulares?²¹⁷ Evidentemente, a questão não encerra quaisquer dificuldades quando estão em causa competências exercidas no seio de relações simples bipolares – assim, por exemplo, as hipóteses em que a lei habilita a Administração a praticar um ato singular vinculado por meio do qual o respetivo destinatário obtém uma vantagem²¹⁸. Neste caso, o dever específico de agir é imposto à Administração para tutela de uma posição ativa do destinatário. O problema coloca-se, isso sim, no âmbito das relações triangulares de proteção características dos domínios abrangidos pela responsabilidade pública de garantia. A configuração triangular da relação indica que a atividade administrativa incide sobre uma relação social, entre particulares; e que, por conseguinte, essa atividade se consubstancia em medidas repressivas ou restritivas da atuação de um dos polos dessa relação. A verdadeira questão que se impõe é, portanto, a de saber se no outro polo da referida relação social

²¹⁵ O novo paradigma da relação administrativa poligonal surgiu, num primeiro momento, no plano processual, enquanto meio de tutela dos interesses e direitos de terceiros relativamente à relação principal firmada entre a Administração e um particular (assim, por ex., os vizinhos do proprietário destinatário de uma licença de construção). Esta (re)compreensão da tutela judicial no domínio administrativo foi acompanhada, entre nós, da progressiva atenuação do caráter objetivo da justiça administrativa, edificando-se um sistema fundamentalmente subjetivo. Cf. *Ibidem*, p. 69-70. *Idem*, *A Justiça Administrativa*, Coimbra: Almedina, 2016.

²¹⁶ Sobre o conceito de relação jurídico-administrativa, cf. SILVA, Vasco Pereira, *op. cit.*

²¹⁷ Sobre a evolução e definição do conceito de “direito subjetivo público”, cf. SILVA, Vasco Pereira, *op. cit.*

²¹⁸ É o caso paradigmático dos atos autorizativos que o regulador adjudica aos operadores, nas condições previstas no regime regulatório.

emerge um direito àquela atividade regulatória²¹⁹²²⁰. A resposta a esta questão exige um raciocínio faseado.

Primeiro, haverá que determinar se a competência regulatória exercida pela Administração corresponde a um dever de agir²²¹.

Segundo, impõe-se escrutinar a finalidade inerente à imposição legal do dever administrativo: trata-se de um dever prescrito somente tendo em vista a realização do interesse público ou *também* dirigido à proteção de interesses particulares-pessoais?

Terceiro, cabe perscrutar o grau de proteção que o ordenamento jurídico pretende atribuir ao interesse particular tutelado pela norma de competência. Neste terceiro patamar desenhar-se-á uma gradação das posições jurídico-substantivas dos beneficiários decalcada daquela que ordena os deveres administrativos de acordo com a sua exigibilidade.

Os *deveres específicos de agir* – emergentes de normas imperativas – terão como contraface *direitos subjetivos plenos*, sempre que a intenção subjacente à norma de competência seja a proteção de bens jurídicos próprios dos particulares. Estes direitos podem ser titulados pelos cidadãos-consumidores²²² ou pelos operadores económicos, consoante o bem jurídico protegido pela norma.

Aos *deveres gerais de agir* – emergentes também de normas imperativas – podem opor-se *direitos subjetivos plenos* ou *direitos subjetivos não plenos*. Por regra, a esta categoria de deveres não se opõem direitos subjetivos plenos, na medida em que o legislador concede à Administração uma margem para decidir *quando* e *como* atuar – não cabe aos particulares exigir a ação administrativa num dado momento a respeito de determinado

²¹⁹ A título exemplificativo, atente-se na competência da ERS para “(...) punir as práticas de rejeição e discriminação infundadas de utentes (...)” – art. 12º/b) Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto. Embora a disposição consagre um dever de atuação que tem como destinatários os prestadores de cuidados de saúde, é indiscutível que os beneficiários dessa atuação são os utentes. Parece evidente que um cidadão cujo acesso a um serviço de saúde foi negado com base em motivo discriminatório disporá do direito de exigir da ERS uma atuação regulatória (sancionatória) que reprima o abuso e assegure o acesso ao serviço.

²²⁰ Demonstrando que o modelo regulatório impõe uma reconfiguração da figura dos “*public rights*”: NELSON, Caleb, «Adjudication in the political branches», *Columbia Law Review*, Columbia Law Review Association, Inc., Vol. 107, Nº 3 (2007), p. 559-627

²²¹ *Vide supra* as considerações acerca relação entre as normas de competência e a emergência de deveres administrativos.

²²² Apesar de, nos termos enunciados, um dos vértices do triângulo regulatório ser ocupado pelos cidadãos em geral (por imperativo do princípio da igualdade) entende-se que a titularidade de um direito subjetivo pleno haverá de caber unicamente aos cidadãos na posição de consumidores/utilizadores. Só quando se encontrem numa *concreta* relação com um operador regulado será razoável exigirem do regulador uma atuação sobre aquele. Entendimento diverso acarretaria a configuração de um direito de amplitude tão vasta que a sua força jurídica se dissiparia.

circunstancialismo²²³. Todavia, por estar em causa um dever legal e a proteção normativa de posições subjetivas, haverá de configurar-se um *direito subjetivo à não inação regulatória*. Não se trata da faculdade de exigir da Administração reguladora o exercício das suas competências em concreto, mas antes a faculdade de lhe exigir que não leve a cabo uma “estratégia de inação”. A margem de decisão reconhecida ao regulador quanto ao *modo* de exercício da competência não equivale à discricionariedade quanto ao *se* desse exercício: os particulares cujos interesses são protegidos pela norma de competência têm direito a que a Administração não se demita, pura e simplesmente, de atuar²²⁴. Os beneficiários da proteção regulatória titulam ainda, neste contexto, um *direito subjetivo pleno* à proteção concreta da Administração sempre que tal seja exigido por um critério de razoabilidade²²⁵. De facto, entende-se não ser legítimo ao regulador escudar-se na discricionariedade de alocação de recursos ou de programação do exercício da sua competência para fazer justificar a inação perante o conhecimento de eventos lesivos ou com potencial lesivo para os bens jurídicos protegidos pelo regime regulatório.

A *discricionariedade de ação* – emergente de normas permissivas – terá como corresponsivo, no lado ativo da relação, *interesses legalmente protegidos*. Em princípio, se o legislador entendeu deixar ao juízo da Administração o *se* do exercício da competência, então a norma de competência haverá de tutelar em primeira linha interesses públicos genéricos ou abstratos e só em segunda linha a proteção de específicas posições individuais. Com efeito, é à Administração que, funcionalmente, compete interpretar e realizar o interesse público, sendo esta nota que justifica a discricionariedade de ação que lhe é concedida. Quando o interesse público envolve a proteção de posições substantivas dos cidadãos, há uma certa erosão da tecnicidade, que justifica a consagração de deveres de atuação mais rigorosos. A *contrario*, as normas permissivas tenderão a ter como finalidade primacial a realização de

²²³ Sobre os problemas que podem emergir do *private enforcement* da regulação pública, cf. BARKOW, Rachel E., *op. cit.* ZINN, Matthew D., «Policing environmental regulatory enforcement: cooperation, capture, and citizen suits», *Stanford Environmental Law Journal*, Nº 21 (2002). Os autores destacam que, quando a regulação pública é executada por força do exercício de direitos dos particulares beneficiários, o interesse particular do requerente sobrepõe-se ao interesse público, o que não é desejável nas áreas da regulação em que a proteção dos direitos individuais é complemento da tutela de interesses gerais. Em certos campos, algum nível de inatividade regulatória é profícuo e até necessário, porquanto permite a aplicação dos recursos públicos assim poupados na repressão de outras violações mais graves ou na regulamentação de outros domínios mais carecidos de intervenção. Tudo isto os cidadãos não vão ponderar, porquanto consideram apenas, atomisticamente, o interesse próprio.

²²⁴ Recorde-se que o défice de regulação, levado ao extremo, constitui uma forma eficaz de desregular, desprotegendo os interesses que a regulação procurava tutelar. Cf. DEACON, Daniel T., *op. cit.*

²²⁵ GONÇALVES, Pedro, «Inação...», *op. cit.*, p. 25.

interesses públicos genéricos, só complementarmente assumindo o objetivo de proteção dos particulares. Donde decorre que a posição ativa ocupada por estes últimos apresenta menor grau de efetividade: em vez de titulares de direitos subjetivos, titulam somente interesses aos quais foi concedida proteção legal²²⁶²²⁷. O que, evidentemente, não significa a sua desproteção, mas tão-só o reconhecimento de um grau menos intenso de tutela²²⁸.

Os direitos atribuídos nas linhas precedentes aos regulados e cidadãos-consumidores são *direitos à proteção estadual*. As normas que conferem à Administração atribuições e competências regulatórias têm uma intenção protetora especialmente intensa, uma vez que nos situamos no campo da atividade privada, do mercado – a intervenção pública só se justifica porque tendente a proteger determinados interesses ou direitos, considerados fundamentais, que poderiam sair desprotegidos num ambiente marcado por valores egoísticos. O estabelecimento de uma correspondência entre os deveres criados pelas normas de competência e as posições substantivas dos particulares pressupõe, então, a montante, a determinação da finalidade subjacente àquelas normas – normas de competência destinadas exclusivamente à realização do interesse público não geram direitos subjetivos na esfera dos particulares, mesmo delas resultando, para a Administração, deveres de agir.

²²⁶ Logicamente, não se ignora a existência de normas regulatórias que, nem a título meramente complementar, se dirigem à proteção de direitos particulares, antes se dirigindo exclusivamente à realização de interesses públicos genéricos. Nestas hipóteses não parece correto atribuir aos particulares a titularidade de interesses legalmente protegidos. Quando muito, poderá falar-se em interesses de facto: vantagens obtidas pelos particulares como reflexo do exercício das competências regulatórias. O facto de estarem em causa interesses deste tipo – não correspondentes a uma posição jurídica *substantiva* – não obsta a que, num caso concreto, o respetivo titular não disponha de meios *adjetivos* para exigir a atuação regulatória. O sistema de justiça administrativa vigente não é exclusivamente um sistema subjetivo, apresentando notas objetivas que podem abrir caminho a essa possibilidade.

²²⁷ Eventualmente, poderá falar-se, a este respeito, num “direito subjetivo a uma decisão isenta de vícios”. Perfilhando esta solução: MARQUES, Francisco Paes, *op. cit.*

²²⁸ Excecionam-se deste raciocínio, como bem se compreende, as hipóteses em que se verifica a redução da discricionariedade a zero. Em tais circunstâncias emerge, na esfera da Administração reguladora, um *dever específico de agir*, sujeito a um controlo apertado. De todo o modo, não parece, ainda assim, que seja possível propugnar o nascimento de um direito subjetivo pleno correspondente desse dever. É que a norma de competência permanece a mesma, pelo que continua a dirigir-se teleologicamente à proteção de interesses genéricos em primeira linha, e não à proteção principal de posições individuais. Consequentemente, não parece encontrar-se radical normativo para sustentar tal direito. Pura e simplesmente, o interesse legalmente protegido dos particulares goza, nestas circunstâncias, de especial tutela.

4. Direito subjetivo à regulação: a “*Embriaguez da Metamorfose*”²²⁹ do direito subjetivo público?

4.1 A metamorfose do direito subjetivo público no (novo) Direito Administrativo

a) *Jusfundamentalidade e serviços essenciais*

Restringindo o campo de análise ao domínio dos serviços de interesse geral²³⁰, o estudo da regulação pública não dispensa a consideração dos valores jusfundamentais que a trespassam. Desde logo, a configuração do Estado Regulador e da sua Administração tem de observar as imposições resultantes da Lei Fundamental²³¹. Depois, do conjunto dos valores e imposições constitucionais resultam importantes restrições à liberdade político-legislativa de modelação do relacionamento Estado-Sociedade (e, em particular, do relacionamento Estado-Mercado). Com efeito, há campos em que o Estado não pode deixar de intervir, quer porque a Constituição lhe impõe determinadas tarefas, quer porque se trata de áreas que envolvem, de forma especialmente sensível, direitos fundamentais dos cidadãos. Assim se explica que o recuo ou retraimento inerente à transmutação do Estado Providência em Estado de Garantia não signifique o retrocesso do Estado Social para o Estado Liberal: ainda que abrindo mão da execução de variadíssimas tarefas, o Estado não pode deixar de assumir *algum* tipo de responsabilidade em determinados setores²³². É, exatamente, este imperativo que justifica a emergência da *responsabilidade pública de garantia* como consequência da privatização da responsabilidade de execução²³³.

O campo dos serviços essenciais é, porventura, o exemplo paradigmático do que vem sendo dito: a privatização dos tradicionais *serviços públicos* não pode equivaler à desresponsabilização pública, o que explica a emergência do conceito de *serviços de interesse económico geral*, destinado a assegurar a subsistência do envolvimento estadual.

²²⁹ Referência ao vibrante romance de ZWEIG, Stefan, *A embriaguez da metamorfose*, Lisboa: D. Quixote, 1986.

²³⁰ Uma vez que a categoria é definida a partir da essencialidade dos serviços para a dignidade da vida humana, este é o âmbito regulatório privilegiado de incidência dos direitos dos cidadãos. Ora, se se procura desvendar um potencial direito à proteção regulatória, cujo conteúdo consistirá na faculdade de exigir da Administração a proteção dos direitos dos particulares face aos fornecedores de bens e serviços no mercado, este é o espaço ideal de reflexão. Noutros âmbitos predominará o objetivo de realização de interesses públicos mais genéricos.

²³¹ Recorde-se o exposto no ponto 1. do presente Capítulo a respeito do princípio da socialidade.

²³² A privatização da responsabilidade prestadora do Estado em múltiplos setores essenciais acarreta, aliás, o reforço ou adensamento da respetiva responsabilidade de controlo e supervisão do mercado. Em vez de uma retirada simples do Estado, assiste-se, diversamente, ao seu empoderamento noutros domínios. Cf. ORTEGA, Ricardo Rivero, *El Estado vigilante – consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

²³³ Reforçando que, mesmo (e sobretudo) onde as atividades são desenvolvidas por privados, o Estado permanece o responsável último pela satisfação das necessidades da coletividade: *ibidem*.

Apesar da ausência de consagração constitucional expressa de direitos fundamentais aos serviços essenciais, verifica-se relativo consenso, pelo menos, em torno da fundamentalidade do direito de acesso às prestações correspondentes a necessidades básicas²³⁴. Este reconhecimento não deixa, aliás, de encontrar respaldo positivo. Desde logo, apesar da falta de inclusão expressa de um direito com este conteúdo no catálogo de direitos da Lei Fundamental, são vários os dados constitucionais que envolvem este domínio num *especial* dever estadual de proteção²³⁵. No ordenamento comunitário, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia dedica o respetivo art. 36.º ao acesso aos serviços de interesse económico geral. Ainda no plano “constitucional” do Direito da União, a figura é tratada no art. 14.º do TFUE. Destaca-se ainda, de forma particular, o recém-proclamado Pilar Europeu dos Direitos Sociais, no qual se consagra expressamente o *direito de acesso aos serviços essenciais* (princípio 20). Por fim, do Direito derivado da União resulta uma indiscutível obrigação para os Estados-Membros de garantir a todos os cidadãos o acesso aos serviços essenciais²³⁶.

Em abstrato, a prestação dos serviços essenciais²³⁷ pode ser levada a cabo segundo um de três modelos. Primeiro, poderá implementar-se um *Modelo de Mercado*: as atividades são desempenhadas por atores económicos privados e o Estado assume tão-só uma *responsabilidade de base e enquadramento*, definindo os direitos de liberdade dos sujeitos e estabelecendo mecanismos de resolução dos litígios emergentes das trocas entre produtores e consumidores ou do relacionamento entre produtores concorrentes. Segundo, poderá optar-se pela consagração de um *Modelo de Estado*: as atividades são desenvolvidas por entidades públicas, em regime de exclusivo, assumindo o Estado, diretamente, a *responsabilidade de*

²³⁴ Em linha com MARQUES, Maria Manuel Leitão, «Constituição económica e integração: a desnacionalização da constituição económica», *Oficina do CES*, Coimbra: CES-FEUC, N.º 141 (1999), p. 22 entendemos que teria sido ponderada a consagração constitucional das novas diretrizes regulatórias, designadamente mediante atualização da gama de direitos fundamentais e da substituição das disposições excessivamente arreigadas à ideia anacrónica do Estado produtor de bens e serviços.

²³⁵ *Vide infra*.

²³⁶ Destacam-se, a este respeito, as Comunicações da Comissão sobre os Serviços de Interesse Económico Geral (a mais recente é a COM(2011) 900), a legislação setorial, sob a forma de Diretivas e Regulamentos, vigente nos vários setores económicos abrangidos e as disposições, em concretização do Direito originário, sobre a proteção do consumidor.

²³⁷ O conceito de “serviços essenciais” só pode ser corretamente apreendido se situado num determinado ordenamento, porquanto os valores comunitários vigentes determinam significativamente o seu conteúdo. Não obstante, identifica-se um núcleo forte que parece tendencialmente transversal, nele se incluindo os serviços de água, saneamento, gás natural, eletricidade, comunicações, transportes coletivos, saúde, educação, segurança ou previdência social.

execução. Terceiro, os serviços poderão ser prestados segundo um *Modelo de Regulação*: as atividades são executadas por agentes económicos privados, sob controlo e supervisão do Estado, que assume uma *responsabilidade de garantia*, assegurando determinados valores e resultados considerados de interesse público. Tendo em conta as indicações constitucionais, a opção pelo primeiro modelo não se antolha possível: o princípio da socialidade não se coaduna com um descomprometimento estadual nesta área, e da constituição económica, social e cultural, bem como do ordenamento comunitário, ressaltam definitivas imposições dirigidas aos poderes públicos no sentido da proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Destarte, a opção político-legislativa haverá de recair sobre um dos últimos dois modelos. Afastada a execução pública dos serviços²³⁸, resta concluir pela impreteribilidade do Modelo de Regulação.

Ora, da Constituição resultam, como tarefas fundamentais do Estado, “garantir os direitos e liberdades fundamentais”, “promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais” (art. 9.º/b) e d) CRP), “promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento” e “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados” (art. 81.º/b) e f) CRP). A concretização destas tarefas exige uma atuação estadual *positiva*, não se bastando com a simples abstenção de condutas lesivas dos direitos e liberdade individuais²³⁹. O conteúdo a dar a essa atuação já se encontra, todavia, na disponibilidade do legislador ordinário. A necessária mediação legislativa a ter lugar pode dar origem a dois tipos de situações: ou o Estado decide realizá-las por via direta, executando as atividades por si mesmo, ou fá-lo por via indireta, deixando a execução ao mercado e preocupando-se apenas com o controlo dos resultados aí produzidos. Desta opção fundamental resultam posições jurídico-substantivas para os cidadãos: na primeira hipótese, os cidadãos passam a titular direitos subjetivos públicos *às prestações estaduais*; na segunda, são encabeçados em

²³⁸ Este afastamento resulta das medidas de desnacionalização dos setores abrangidos por monopólios públicos, que vêm sendo adotadas desde a década de 90 do século passado, por influência (e por imposição, em certos casos) das políticas da União Europeia.

²³⁹ Sobre os termos em que das normas constitucionais resultam *deveres de proteção* e demonstrando que o respetivo cumprimento exige uma atividade estadual *positiva*, ao invés do que sucede com os meros *deveres estaduais de defesa*, cf. SILVA, Jorge Pereira da, *op. cit.*

direitos subjetivos públicos à *proteção estadual*²⁴⁰. Uma vez que os direitos fundamentais económicos, sociais e culturais não são *self-executing*, a Constituição impõe ao legislador ordinário que os densifique por via legal²⁴¹. E esta densificação legal haverá de se traduzir na atribuição de direitos suscetíveis de execução imediata contra o Estado²⁴² – portanto, terá de traduzir-se na criação de *direitos subjetivos públicos*. A liberdade político-legislativa existente neste âmbito reconduz-se à faculdade de configurar concretamente tais direitos: ou o legislador opta por atribuir direitos a prestações, fazendo recair sobre a Administração Pública deveres de prestar; ou, alternativamente, concede direitos de proteção, impondo à Administração Pública deveres de garantia.

Em síntese, apesar da margem de decisão que permite ao Estado optar por executar por si mesmo, ou não, os serviços essenciais, o arquétipo social, amplamente reconhecido como vigente no espaço europeu, baliza decisivamente essa liberdade. A responsabilidade pública neste domínio nunca se poderá resumir à criação das condições de contexto dentro das quais atuam os atores privados. A garantia pública constitui uma exigência fundamental ali onde a responsabilidade pública de execução foi afastada. Essa garantia obtém-se, essencialmente, por intermédio da regulação pública dos setores privatizados. E a opção estadual de *regular* em vez de *prestar* repercute-se na posição jurídica dos cidadãos, ficando assim assegurado o cabal comprometimento do poder público com as suas tarefas fundamentais: qualquer que seja a via seguida, os cidadãos têm *direito* à concretização prática dos imperativos constitucionais. Instituído-se um Modelo de Estado, os cidadãos ocupam posições subjetivas derivadas de natureza prestacional; instituído-se, ao invés, um Modelo de Regulação, os cidadãos ocupam posições subjetivas derivadas de natureza protetora – ou terão direito a prestações públicas, ou terão direito à regulação pública.

b) Inação administrativa, falha regulatória e direitos dos cidadãos

A falha regulatória consubstanciada em *excesso de regulação* ou em desvio de poder regulatório no sentido da *persecução* de determinados operadores acarreta, as mais das

²⁴⁰ Sobre a estrutura, operatividade e justiciabilidade dos “direitos a proteção estadual”, embora a respeito dos direitos fundamentais: ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 435-454.

²⁴¹ Por todos: CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito... op. cit.*

²⁴² Gomes Canotilho aponta-lhes a missão de “guarda de flanco” dos direitos fundamentais originários. *Ibidem*, p. 479.

vezes, a violação ou lesão de direitos de liberdade (negativos) dos agentes económicos²⁴³. Diferentemente, a falha regulatória traduzida num *défice de regulação* ou no desvio de poder regulatório traduzido na *exoneração* de certos operadores do cumprimento de obrigações jurídicas é insuscetível de lesar direitos dessa tipologia, na medida em que consiste numa conduta omissiva. De igual modo, é também impossível associar-lhe a violação de direitos prestacionais (positivos), porquanto nem os operadores económicos nem os consumidores são titulares de posições subjetivas deste tipo face à Administração reguladora. No entanto, o mais elementar sentido de justiça indica que também este tipo de falha regulatória é censurável, pelo seu potencial lesivo para os interesses básicos dos atores situados no espaço regulatório²⁴⁴. Coloca-se, então, o – controverso – problema da *inação administrativa-regulatória*. Dada a extensão da planície regulatória, importa saber, antes de mais, em que termos a inatividade da Administração reguladora constitui o incumprimento de deveres jurídicos – este cruzamento situar-nos-á no campo da falha regulatória. Depois, interessa descortinar os termos em que essa falha não pode deixar de significar a violação de direitos subjetivos dos particulares. É indiscutível que nem toda a inação administrativa constitui uma falha regulatória e que nem toda a falha regulatória implica a violação de um direito subjetivo. Contudo, a censurabilidade que envolve determinadas modalidades de falha regulatória indica que lhes haverá de estar associada a violação de direitos dos particulares. Neste âmbito, a conformação de um direito subjetivo contraposto aos deveres regulatórios que oneram a Administração de garantia é fulcral para assegurar um meio eficaz de reação contra a falha regulatória²⁴⁵.

²⁴³ Versando sobre a responsabilidade civil das entidades reguladoras por ofensa aos direitos ao bom nome, à reputação e ao crédito das entidades reguladas: LEITÃO, Luís Menezes, «A responsabilidade civil das entidades reguladoras», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p.113-122. ALBUQUERQUE, Alexandre de; ALBUQUERQUE Pedro, *op. cit.* MAÇÃS, Fernanda, «Responsabilidade civil das entidades reguladoras», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Gomes Canotilho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Vol. 1.

²⁴⁴ Na doutrina estadunidense os autores vêm, recentemente, destacando a impropriedade de uma distinção ação e inação das *regulatory agencies*. Uma vez que se lhes aplicam os mesmos princípios básicos e que as consequências factuais de ambos são idênticas, haverá de aceitar que a ação e a inação regulatórias são, afinal, “dois lados da mesma moeda”. Cf., por todos, BIBER, Eric, «Two sides...», *op. cit.*

²⁴⁵ Desde tempos idos que a associação *jus-remedium* constitui um pilar da ordem jurídica. Do exame das consequências factuais da falha regulatória extrai-se a indispensabilidade de um expediente que permita *remediar* a lesão sofrida pelos particulares afetados. Essa necessidade por um “remédio” jurídico denota a existência de um *direito* lesado.

O terreno da inatividade administrativa é vasto. Por isso, cabe, desde logo, restringir o objeto do estudo em apreço à inatividade *regulatória*: o não exercício, pela Administração, das suas competências regulatórias. Depois, importa verificar que esta é, sobretudo, uma inatividade *oficiosa*, porquanto a larga maioria das competências regulatórias são de exercício officioso, não pressupondo quaisquer solicitações externas²⁴⁶ (o que, aliás, facilmente se compreende face à natureza das tarefas envolvidas). Por fim, distingue-se a inatividade-*incumprimento* da inatividade simples, sendo que só no primeiro caso se estará perante uma verdadeira falha regulatória. De facto, observa-se que a autonomia da função administrativa face às demais funções públicas exige o reconhecimento de uma margem mais ou menos ampla dentro da qual a Administração pode legitimamente decidir não agir. Uma vez que o núcleo essencial da função de administrar é gerir os meios disponíveis para concretizar determinados resultados²⁴⁷ – no setor público, a produção de benefícios ou utilidades para a comunidade –, compreende-se a absoluta centralidade da discricionariedade da Administração no planeamento da sua atividade, na alocação dos recursos disponíveis e na tomada de decisões quanto aos meios a empregar para prosseguir os fins de interesse público que lhe são cometidos. Embora vinculada externamente – nos termos do princípio basilar da legalidade –, a função administrativa sairia por completo descaracterizada se suprimida aquela autonomia decisória. E essa autonomia pressupõe reconhecer que a inatividade administrativa pode ser consciente (e não decorrência da negligência ou desleixo do órgão competente) e desejável (porque enquadrada numa política geral mais ampla). Seria, com efeito, intolerável desconsiderar as “*passive virtues*”²⁴⁸ do Estado Administrativo, bem como não aceitar a inevitabilidade de alguma inatividade administrativa²⁴⁹.

²⁴⁶ Assim não será, porventura, no caso das competências especificamente adjudicatórias, que concedem à Administração a faculdade de praticar atos singulares geradores de vantagens individuais para os operadores económicos. Nesta hipótese, como é compreensível, o exercício da competência haverá de estar conexas com a solicitação dos operadores económicos interessados. Não obstante, como se tem vindo a esclarecer, apenas interessam, no presente estudo, as relações de proteção incluídas no triângulo regulatório, e não tanto as relações de regulação *stricto sensu*.

²⁴⁷ GONÇALVES, Pedro, *Manual... op. cit.*, p. 1040-1042.

²⁴⁸ JACOBS, Sharon B., *op. cit.* A autora parte do trabalho de Bickel sobre o exercício de virtudes passivas pelo poder jurisdicional (BICKEL, Alexander, *The least dangerous branch*, Yale University Press, 1986) para elaborar um raciocínio reflexo a respeito do poder administrativo. Sem prejuízo de nos parecer que o argumento é, em certos pontos, levado demasiado longe, a ideia de “prudência administrativa”, interligada com a exigência de a atividade administrativa ser pragmática e estratégica, antolha-se bastante interessante.

²⁴⁹ Realçando que a escassez de recursos, sobretudo quando contraposta à latitude das atribuições conferidas à Administração, torna impossível a intervenção administrativa em todos os casos e a todo o momento: BIBER, Eric, «The importance...», *op. cit.* DATLA, Kirti, *op. cit.* ORBACH, Barak, «A State of Inaction: Regulatory Preferences, Rent, and Income Inequality», *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 16 (2015), p. 45-68. SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian, «The law...», *op. cit.*

Não obstante, seria igualmente inaceitável ignorar os efeitos perniciosos para o interesse público e para os direitos dos cidadãos que podem advir dessa inação²⁵⁰. Bem como o seria olvidar que nem sempre a Administração se move em campos de discricionariedade de ação. Destarte, um juízo de censura haverá de recair sobre as condutas omissivas que representem o incumprimento de deveres de agir e a lesão de interesses fundamentais dos particulares. Neste campo, um básico sentimento de justiça exige que se conceda aos particulares uma ferramenta que lhes permita, eficazmente, reprimir a violação. Esta ferramenta consistirá no direito subjetivo à regulação: a sua delimitação, decorrente do seguimento do *iter* lógico acima proposto²⁵¹, revela, exatamente, a ligação íntima entre a figura e a inação regulatória.

Primeiro, haverá que extrair das normas de competência regulatória *deveres de agir*, em face dos quais a inação administrativa consubstancia uma inação-incumprimento²⁵². A inação equivalente ao incumprimento de um *dever específico de agir* é, desde logo, reprovável, porquanto liminarmente contrária à intenção do legislador. No quadro do *dever geral de agir*, a solução já não será tão linear. De facto, reconhece-se que as normas de competência geradoras de deveres gerais de agir concedem à Administração discricionariedade de planeamento do exercício da sua competência e de alocação de recursos²⁵³. E, reiterando o enunciado, esta discricionariedade constitui a própria essência da função administrativa. Não obstante, não seria razoável que, apesar da clara intenção normativa de exigir uma atuação

²⁵⁰ Os autores apontam, comumente, a potencial ligação entre a inação e a captura regulatória. Cf. LIVERMORE, Michael A.; REVESZ, Richard L., «Regulatory Review, Capture, and Agency Inaction», *Georgetown Law Journal*, Vol. 101 (2013), p. 1337-1398. ORBACH, Barak, «A State...», *op. cit.* Ademais, é também frequente a análise da inação administrativa enquanto forma de desregulação encapuçada. Cf. SHAPIRO, Sidney A., *op. cit.* Uma vez que ambos os fenómenos podem repercutir-se em lesões sérias para o interesse público e para os interesses pessoais dos cidadãos, a correlação entre a inação e estes resultados é indubitável.

²⁵¹ *Vide supra*: Cap. II, 3.3.

²⁵² Reitere-se que a correspondência entre a inação administrativa e a falha regulatória não é absoluta. A inatividade da Administração traduzir-se-á numa falha regulatória quando se repercuta no incumprimento de deveres, porquanto só nesta hipótese a decisão de não agir se antolha censurável. Evidentemente, poderá a conduta omissiva da Administração produzir efeitos indesejáveis apesar de não constituir qualquer tipo de incumprimento. Também aqui há, de facto, uma fraca performance do sistema regulatório, suscetível de prejudicar os fins de interesse público prosseguidos. Todavia, atendendo à vinculação externa que caracteriza a função administrativa, a falha regulatória que eventualmente possa ser discernida neste âmbito haverá de ser reconduzida ao legislador: a falha é legislativa porquanto o regime regulatório criado, que cabe à Administração implementar “no terreno”, não atende devidamente às consequências que podem advir da inação executória. Poderá, eventualmente, identificar-se aqui uma lacuna de regulação. Uma vez que o campo de análise aqui considerado se restringe à atividade regulatória da Administração, este quesito cai fora do âmbito do presente estudo. No que se refere à correspondência no sentido inverso, ficou também explícito que o conceito de falha regulatória abarca mais fenómenos do que a inação administrativa.

²⁵³ GONÇALVES, Pedro, «Ensaio...», *op. cit.*

administrativa, a inação reiterada e sistemática houvesse de ser inatacável. Daí propugnar-se que a Administração não pode adotar uma atitude de inatividade generalizada nem tão-pouco deixar de atuar quando, segundo um critério de razoabilidade, é manifesta a exigência de ação administrativa²⁵⁴. Por fim, a *discricionariedade de ação*, não dando lugar a qualquer dever de agir, anda impreterivelmente associada a um dever de prossecução do interesse público. Apesar de constituir uma prerrogativa da Administração optar por atuar ou não atuar, nenhum espaço de atividade administrativa é completamente livre – as decisões tomadas haverão sempre de respeitar os princípios gerais da atividade administrativa, mormente, neste âmbito, o princípio do interesse público e o princípio da igualdade.

Segundo, haverá que identificar o objetivo subjacente à imposição normativa dos deveres regulatórios. Em virtude da sua natureza não originária, as competências administrativas constituem poderes funcionais: por não disporem de poderes de ação “naturais”, os entes administrativos só podem atuar quando e nos termos em que forem autorizados por uma norma jurídica prévia. Essa habilitação legal da atividade administrativa só terá lugar – porque só neste caso se justifica – quando existir um interesse público a realizar por intermédio dessa atuação²⁵⁵; ao qual poderá acrescer o intuito de realização e proteção dos direitos dos cidadãos. De facto, a evolução do Estado Administrativo culminou na elevação da realização e proteção dos direitos dos cidadãos a objetivo precípua da função administrativa, ao lado da realização do interesse público – aliás, reconhece-se hoje não existir uma contradição necessária entre o interesse público e os interesses pessoais dos cidadãos²⁵⁶. Ora, quando os poderes/deveres administrativos são normativamente prescritos com o objetivo de proteger determinadas posições jurídico-subjetivas dos cidadãos, haverá que lhes reconhecer uma posição ativa digna de tutela. E isto *mesmo* quando o exercício concreto de tais competências incide sobre outros sujeitos – os potenciais lesantes das posições subjetivas a proteger. O estabelecimento de uma relação triangular entre a Administração reguladora, os destinatários diretos da ação regulatória e os respetivos beneficiários implica que tanto os destinatários como os beneficiários sejam colocados numa

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 25.

²⁵⁵ GONÇALVES, Pedro, *Manual... op. cit.*, p. 50-51.

²⁵⁶ Cf. LADEUR, Karl-Heinz, «The Changing Role of the Private in Public Governance – The Erosion of Hierarchy and the Rise of a New Administrative Law of Cooperation: A Comparative Approach», *EUI LAW Working Papers*, European University Institute, N° 9 (2002).

posição ativa em relação à primeira²⁵⁷. A determinação da teleologia das normas de competência regulatória supõe um juízo hermenêutico que, alicerçando-se nos cânones tradicionais da interpretação jurídica, tem de ir além deles, mobilizando os elementos basilares do novo modelo de Estado Administrativo. Poderão revestir especial utilidade, nesta sede, os contributos da *renovada* “teoria da norma de proteção”, formulada pela doutrina alemã, exatamente, com o intuito de definir os critérios de extração de direitos subjetivos públicos das normas legais²⁵⁸.

Terceiro, perscrutar a densidade do dever imposto ao regulador permitirá concluir quanto à intensidade da proteção que o legislador quis oferecer aos beneficiários, donde resulta a *supra* apresentada graduação das posições ativas dos particulares²⁵⁹.

O reconhecimento do direito dos particulares à regulação pública nos termos enunciados é condição *sine qua non* do combate eficaz à falha regulatória decorrente da inação administrativa. Apenas este expediente granjeia uma verdadeira prevenção e sanção da inação-incumprimento, bem como a reparação dos danos dela resultantes: permite aos particulares participar ativamente no procedimento regulatório, levar a cabo o *private enforcement* da regulação pública e responsabilizar judicialmente o regulador faltoso.

c) Dever de garante como proteção jurídica

A grande transformação ocorrida com a substituição paulatina do Estado Providência pelo Estado de Garantia consiste na circunscrição significativa do campo de aplicação da responsabilidade pública de execução, compensada com a instituição de um novo tipo de

²⁵⁷ MARQUES, Francisco Paes, *op. cit.* SILVA, Jorge Pereira da, *op. cit.* A função de proteção que hoje se reconhece indiscutivelmente ao Estado Administrativo pressupõe que o titular dos direitos protegidos seja um sujeito distinto do destinatário da ação administrativa. Ora, para que se possa falar numa verdadeira relação triangular haverá que afastar a pré-compreensão dos beneficiários da atuação administrativa como “terceiros”. Este entendimento assenta na conceção tradicional da relação administrativa como relação bilateral e numa configuração de matriz liberal da função administrativa. A existência de uma relação com três polos haverá de significar, necessariamente, que em todos eles se encontram sujeitos que titulam posições ativas e passivas em relação aos demais.

²⁵⁸ Sobre a teoria da norma de proteção e respetiva crítica, evolução e acolhimento jurisprudencial, *cf.* SILVA, Vasco Pereira, *op. cit.* MARQUES, Francisco Paes, *op. cit.* Destacamos, em particular, as conceções renovadas desta teoria, que se vêm afastando do teor excessivamente legalista da teoria original. As teorias renovadas da norma de proteção recusam uma interpretação puramente subjetivista (assente no teor literal da lei) e mobilizam, em alternativa, um conjunto alargado de elementos, entre os quais se destacam os direitos fundamentais e as garantias constitucionais, bem como os deveres de proteção estadual com fonte não-legislativa.

²⁵⁹ *Vide:* Capítulo III, 3.3.

responsabilidade pública: a responsabilidade de garantia. A simples opção de sujeitar as atividades privatizadas a regulação pública pressupõe, no plano dos princípios, a atribuição de tal responsabilidade ao Estado. A privatização e liberalização, por um lado, representam a indiscutível intenção de afastar a responsabilidade executória pública²⁶⁰. A implementação de um sistema regulatório, por outro lado, pressupõe a recusa de um modelo assente exclusivamente na responsabilidade pública de base e enquadramento. O Estado não executa as tarefas, mas também não se descompromete sem mais: por intermédio da atividade de regulação procura influir sobre o comportamento dos atores privados, de modo a *dirigi-lo* ou, pelo menos, a *orientá-lo* no sentido do interesse público e da realização dos direitos dos cidadãos. Por outras palavras: o Estado abdica do papel de produtor, assumindo, em alternativa, o de garante.

Ora, esta posição de garante haverá de carregar um dever similar, em certos termos, ao dever de garante cujo incumprimento constitui comissão por omissão no plano jurídico-penal²⁶¹. Tal figura é utilizada para fundar a responsabilidade penal quando a lesão do bem jurídico protegido pela norma de incriminação resulta da violação de um dever de atuação.

Interessa particularmente, para os presentes efeitos comparatísticos, a figura da omissão impura: conduta omissiva censurada pelo ordenamento jurídico-penal em virtude da sua contribuição para a verificação do resultado que a norma de incriminação censura especificamente. Portanto, trata-se de hipóteses em que a proibição recai sobre um determinado resultado, que pode ser causado quer por uma ação quer por uma omissão. A censura jurídico-penal dirige-se em primeira linha, como é evidente, às ações positivas desencadeadoras do resultado proibido. Contudo, essa censura haverá de estender-se aos comportamentos omissivos que, mostrando-se adequados a concorrer para o resultado, implicam a violação de um dever de garante. Este *dever de garante* é compreendido pela doutrina penalista como a obrigação jurídica de evitar a consumação de determinado resultado, mediante adoção de um comportamento idóneo a prevenir a sua verificação²⁶².

²⁶⁰ Reconhece-se, contudo, que a liberalização dos setores pode ser acompanhada de uma privatização meramente parcial da tarefa aí desenvolvida, donde decorre que os fenómenos de liberalização e privatização podem não ser acompanhados do absoluto afastamento da responsabilidade pública de execução. No entanto, se o setor é sujeito a regulação, a par da intervenção pública direta, então haverá que aceitar a coexistência da responsabilidade pública de garantia e de execução: o Estado responsabiliza-se pela prestação direta dos bens ou serviços a *parte* do mercado de referência e pela garantia da prestação efetuada por atores privados em relação à *restante parte*.

²⁶¹ Em referência à atividade de inspeção/supervisão administrativa: ORTEGA, Ricardo Rivera, *op. cit.*

²⁶² COSTA, José de Faria, «Omissão: reflexões em redor da omissão imprópria», *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 72 (1996), p. 391-402.

Portanto, também nesta sede o núcleo da questão reside na obrigação de evitar um resultado, cuja verificação o ordenamento jurídico pretende evitar, condicionando, para tal, a atuação livre dos particulares²⁶³. E também neste âmbito a proteção (do bem jurídico) é garantida por via da imposição de um dever especial a um sujeito alheio ao evento diretamente causador da lesão.

O paralelismo verificado parece permitir uma primeira asserção importante: a opção de sujeitar uma determinada atividade privada a regulação pública significa a conformação de um dever de garante na esfera do Estado. Veja-se: a decisão político-legislativa de regular determinado setor pressupõe um claro intuito de evitar determinados resultados, tidos por lesivos para o interesse público, pois, a não ser assim, inexisteria qualquer justificação para a interferência pública na liberdade e autonomia privadas; e uma vez que os entes públicos com competências reguladoras são os únicos sujeitos cuja conduta omissiva é apta a permitir a consumação do resultado indesejado²⁶⁴, sobre eles haverá forçosamente de recair um dever de garantir que tal não sucede. Ora, se existe um dever jurídico terá de existir um meio de reação contra o seu incumprimento. Na região do direito penal, o incumprimento do dever de garante gera responsabilidade penal por omissão, com a consequente aplicação de uma pena. No domínio administrativo, semelhante incumprimento haverá de dar lugar a responsabilidade civil do ente competente. A responsabilidade penal emergente do incumprimento do dever de garante destina-se a sancionar lesões provocadas a *bens jurídicos* – o direito penal é um direito de proteção de bens jurídicos, e não um direito de proteção de posições subjetivas individuais. Diferentemente, o direito administrativo é um direito de realização do *interesse público* e de proteção dos *direitos dos cidadãos*, pelo que a responsabilidade civil dos entes administrativos se destinará a reparar as lesões provocadas naquele interesse ou nestes direitos. Ora, se a norma de que emerge o dever de garante cujo

²⁶³ À semelhança das normas de direito administrativo que regulam a atividade dos atores privados, também as normas de direito penal pretendem influir sobre os comportamentos privados, procurando, por esta via, realizar ou salvaguardar determinados interesses e valores públicos. Aliás, não poucas vezes, a doutrina estadunidense inclui no conceito de “regulação” o sistema de justiça penal. Ademais, é frequente a aproximação, dogmática e jurisprudencial, da discricionariedade decisória das *regulatory agencies* à *prosecutorial discretion* – a prerrogativa dos *prosecuting attorneys* (figura próxima do delegado do Ministério Público) de acusar, ou não, suspeitos da prática de um delito criminal.

²⁶⁴ Evidentemente, o resultado indesejado, no campo regulatório, haverá de ser produzido por uma conduta de outro particular. Contudo, em relação aos sujeitos privados os deveres que se colocam não são de natureza garantística ou protetiva, mas antes proibições ou imposições diretas: não se trata de *evitar* a consumação do resultado, mas antes de *não o produzir*. Sobre nenhum particular recai o dever de garantir que a atuação de outrem não gera consequências nefastas para um terceiro. Por isso, aliás, nos encontramos no campo específico da (hétero)regulação *pública*.

incumprimento gerou a responsabilidade civil apresenta como objetivo principal a salvaguarda de determinados direitos dos cidadãos nas suas relações privadas, conclui-se que aquela responsabilidade pretende reparar lesões ao direito dos particulares à proteção administrativa. Porque esta proteção é concretizada mediante operação do sistema regulatório, trata-se de um direito à regulação.

4.2 Os potenciais erros dogmáticos do direito subjetivo à regulação

a) *Discricionariedade político-legislativa e deveres sem direitos*

A ideia de que a instituição tanto do Modelo de Estado como do Modelo de Regulação, dá origem a direitos subjetivos públicos pode ser contestada a partir da aceitação de deveres sem direitos correspondentes. Desta perspetiva, ao passo que o Modelo de Estado origina necessariamente direitos subjetivos públicos, o verdadeiro efeito necessário do Modelo de Regulação seria a criação de deveres jurídicos na esfera do Estado. A opção pela prestação estadual direta dos serviços essenciais traduz-se no desenvolvimento de uma atividade prestacional com caráter de exclusividade. Ora, uma vez que só o Estado presta os serviços em causa, emergem, necessariamente, na esfera dos cidadãos-utentes direitos subjetivos públicos a essa prestação. Esta relação prestacional de natureza pública substitui as relações privadas de troca de bens e serviços no mercado. Conclusão igualmente linear já não seria suscetível de ser retirada a respeito dos serviços prestados por privados submetidos a regulação pública. Neste âmbito as relações prestacionais estabelecer-se-iam no mercado, entre atores privados. O envolvimento público resumir-se-ia ao estabelecimento de proibições, imposições ou outros condicionamentos à atividade dos fornecedores privados. Ainda que beneficiando os cidadãos-consumidores e os operadores concorrentes, a atividade reguladora desenrola-se através do relacionamento entre o regulador e cada um dos regulados, pelo que dela não haveriam de brotar direitos para sujeitos alheios a essa relação. Porém, este entendimento parte de uma visão anacrónica do Estado Administrativo e da relação jurídico-administrativa²⁶⁵. A configuração dual da função estadual de tutela dos direitos dos cidadãos está definitivamente ultrapassada. Reconhece-se hoje que entre a *defesa* estadual dos direitos, traduzida na responsabilidade de base e enquadramento, e a

²⁶⁵ Esta visão pode considerar-se como *clássica* ou *tradicional* e mostra-se, em grande medida, tributária dos princípios que enformaram o nascimento do Direito Administrativo no seio do Estado Liberal. SUNSTEIN, Cass R., «Standing...» *op. cit.* STEWART, Richard B., SUNSTEIN, Cass R., «Public programs...», *op. cit.*

realização estadual dos direitos, consubstanciada na responsabilidade de execução, se localiza uma tarefa constitucional de *proteção* dos direitos fundamentais, que faz recair sobre o Estado uma responsabilidade de garantia.

Diferentemente do que sucede com as tarefas de defesa e realização, a proteção dos direitos dos cidadãos opera num contexto relacional triangular, em que o Estado se responsabiliza por garantir que as relações privadas se desenrolam em respeito pelos direitos fundamentais. Ora, para que uma relação jurídica se assuma, efetivamente, como triangular é necessário que em cada um dos seus polos se situe um sujeito titular de posições ativas e passivas em relação a ambos os restantes polos da relação²⁶⁶. Perspetivar um desses polos como “terceiro”, afetado apenas reflexamente pela atividade de um dos outros polos sobre o restante, equivaleria a estabelecer um quadro de relacionamento bipolar, do qual resultariam efeitos colaterais para sujeitos externos à relação. Evidentemente, não é este o sentido da função constitucional de proteção. Insistir em estruturas de relacionamento público bipolares e negar a natureza substantiva das posições subjetivas ativas com base na ausência de uma intervenção administrativa direta sobre o titular dessas posições significa perpetuar a visão liberal do Estado Administrativo: perpetua-se a conceção *autoritária* da Administração, de acordo com a qual os particulares devem ser titulares de direitos subjetivos contra os organismos administrativos apenas quando são destinatários da sua atividade, pois só quando surgem na posição de *administrados* podem, de facto, ser lesados pela ação administrativa (note-se, aliás, que este pré-conceito subjaz também ao modo de relacionamento da Administração prestadora do Estado providência).

Recusar a existência de um direito dos beneficiários (consumidores e concorrentes) à regulação pública (à atividade reguladora que protege os seus interesses) não parece coadunar-se com os valores do *novo* Estado de Garantia. Por um lado, implica descaracterizar a função de proteção-garantia dos direitos dos cidadãos para a reconduzir ao quadro das funções tradicionais do Estado Liberal e do Estado de Serviço Público. Por outro, gera uma inadmissível distinção entre beneficiários e destinatários da regulação, que é abertamente contrária à razão de ser dos sistemas regulatórios²⁶⁷.

²⁶⁶ Propugnando que a todo o dever de proteção estadual corresponde um direito subjetivo do titular do interesse protegido e, por isso, deslocando o cerne do juízo analítico para a identificação dos deveres de proteção (em vez da identificação dos direitos subjetivos): SILVA, Jorge Pereira da, *op. cit.*

²⁶⁷ Considerem-se, exemplificativamente, as normas que impõem aos operadores económicos prestadores de serviços de interesse geral *obrigações de serviço público* e que concedem às autoridades reguladoras setoriais competência para supervisionar e exigir o cumprimento de tais obrigações. À criação de deveres específicos

b) Alocação de recursos, separação de poderes e “ditadura dos cidadãos”

As prerrogativas e autonomia da Administração na alocação dos recursos e no planeamento da sua atividade são um dos núcleos mais problemáticos do debate em torno da posição relativa dos particulares defronte das entidades reguladoras. Se o quesito já é amplamente discutido a respeito da atividade administrativa geral, a controvérsia adensa-se no campo da regulação pública devido à independência que, por norma, é concedida às entidades reguladoras e ao caráter altamente técnico da função regulatória²⁶⁸. A gestão dos meios disponíveis para realizar determinados fins em benefício da comunidade constitui o âmago da função administrativa. Despir a Administração – e, sobretudo, a Administração reguladora – desta faculdade equivale a descaracterizá-la. Por isso, as preocupações que surgem a este respeito prendem-se, as mais das vezes, com a potencial interferência dos restantes poderes públicos e dos cidadãos, propensa a eliminar ou, pelo menos, a erodir de forma insustentável a autonomia administrativa-regulatória.

A questão coloca-se, desde logo, a partir do princípio da separação de poderes. A justiciabilidade natural dos direitos subjetivos torna o direito à regulação pública um expediente apto a viabilizar a imiscuição dos tribunais no campo reservado à Administração. Este perigo de interferência indevida antolha-se especialmente agudo a respeito da inação administrativa²⁶⁹: se os tribunais houverem de se pronunciar sobre a inação administrativa, podendo apor-lhe um juízo de censura, estarão em posição de interferir com as opções

de ação acresce a intenção normativa principal de proteger os cidadãos-consumidores – poderá, num quadro como este, sustentar-se que os potenciais consumidores dos serviços essenciais não dispõem de um direito subjetivo à regulação pública? que não dispõem da faculdade de exigir que o regulador exerça as suas competências e, sobretudo, cumpra os seus deveres? Note-se, ainda, que esta construção é tanto mais importante quanto o sistema de justiça administrativa se torna progressivamente mais subjetivo. As dificuldades que enfrentaria um consumidor particular em obter uma condenação judicial da Administração pela via do controlo da legalidade objetiva são indiscutíveis. Ademais, recusar em qualquer cenário a existência de um tal direito representa um contrassenso, na medida em que a intencionalidade subjacente à instituição de regulação pública é, exatamente, cobrir os direitos privados dos particulares emergentes das relações no mercado de uma camada protetiva especial. Se os particulares não têm *direito* à proteção pública, então, na prática, a sua posição face aos fornecedores de serviços regulados acaba por não se diferenciar grandemente da posição que geralmente ocupam em relação a quaisquer fornecedores de bens e serviços no mercado “livre”.

²⁶⁸ Entre nós, gozam de autonomia administrativa e financeira, de património próprio e de independência técnica a ERSE, a ERSAR, a ERC, a ERS, a CMVM, a AMT, a ANACOM, o Banco de Portugal e a AC.

²⁶⁹ Propugnando que as decisões de não agir podem ser sustentadas em fatores cuja mobilização não seria admissível a respeito de decisões de agir, em virtude do caráter empírico e pragmático da ponderação efetuada a montante da ação administrativa (que se opõe à ponderação mais formal e legalmente balizada que sustenta as concretas ações administrativas), *cf.* SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian, «The law...», *op. cit.*

tomadas pela entidade competente a respeito da priorização da respetiva atuação e da alocação dos recursos disponíveis entre as ilimitadas alternativas de intervenção²⁷⁰. Contra a apreciação judicial da inação administrativa-regulatória²⁷¹ é ainda comum propugnar-se a tecnicidade e especificidade da matéria²⁷²: a opção entre atuar ou não num determinado cenário envolve o balanceamento de um conjunto de fatores reconduzíveis à *expertise* técnica das entidades reguladoras. Ora, os tribunais não dispõem de competência técnica que lhes permita debruçar-se sobre tais elementos. De facto, não é somente a verificação concreta do quadro legal habilitador da intervenção regulatória que releva para estes efeitos, antes se colocando também questões como a da melhor aplicação dos recursos escassos, atendendo à existência de uma multiplicidade de situações carecidas de intervenção, a do potencial sucesso da ação reguladora e a da adequação de cada específica intervenção às diretrizes de política geral definidas²⁷³. Ainda neste campo, recorde-se a inegável importância das *passive virtues* do Estado Administrativo: a inação pode ser utilizada de forma estratégica, contribuindo, *inclusive*, para a concretização de objetivos de interesse geral²⁷⁴. E aos órgãos jurisdicionais não compete versar sobre o *modo* como a Administração realiza o interesse público, sendo este o conteúdo essencial da função administrativa. Por fim, é também

²⁷⁰ Quando em juízo se apresentam atuações positivas da Administração, a apreciação judicial incide, por norma, no conteúdo do(s) ato(s) praticados e respetiva conformidade com o regime legal aplicável. Só quando os órgãos jurisdicionais se debruçam sobre a inação administrativa é que, verdadeiramente, são apreciadas as opções ao nível do planeamento e programação do exercício de competências – o alvo do juízo jurisdicional é a própria decisão administrativa de não agir, porquanto inexistente qualquer ato ou operação material cujo conteúdo possa ser avaliado.

²⁷¹ A doutrina e a jurisprudência estadunidenses há muito se debruçam sobre a inação administrativa, existindo robusta e densa literatura sobre a matéria. Assumem especial relevo, neste campo, a *nonreviewability doctrine* e a *standing doctrine*. A *nonreviewability doctrine*, que passou a granjear acolhimento jurisprudencial com a decisão *Heckler v. Chaney*, traduz-se na recusa da justiciabilidade das decisões administrativas de *nonenforcement*. Naquele aresto, o Supremo Tribunal formulou uma presunção de injusticiabilidade das decisões de não exercer, em concreto, competências de supervisão e sancionamento. Numa outra célebre decisão – *Massachusetts v. EPA* – o Tribunal afastou a presunção de injusticiabilidade do campo da inação normativa, mas afirmou a tendência altamente deferencial da jurisprudência relativamente às decisões de não exercer competências de *rulemaking*. De acordo com a *standing doctrine*, admitindo-se o exame judicial da inação administrativa, o círculo de sujeitos com interesse em agir é bastante limitado, não abrangendo, por princípio, os beneficiários do regime regulatório (conceito que, neste contexto, não inclui os operadores económicos concorrentes). Sobre a evolução destas construções no ordenamento estadunidense e respetivo acolhimento pela jurisprudência superior dos EUA, cf. LEVIN, Ronald M., «Understanding Unreviewability in Administrative Law», *Minnesota Law Review*, Vol. 74 (1990), p. 689-781. SUNSTEIN, Cass R., «What's standing...», *op. cit.* SUNSTEIN, Cass R., «Reviewing Agency Inaction After Heckler v. Chaney», *The University of Chicago Law Review*, Vol. 52 (1985), p. 653-683. SUNSTEIN, Cass R., «Standing...», *op. cit.*

²⁷² Recorde-se que é a natureza altamente técnica da atividade regulatória que justifica a sua atribuição a entidades independentes. Cf. SUNSTEIN, Cass R., «The most knowledgeable branch», *University of Pennsylvania Law Review*, University of Pennsylvania Law School, Vol. 164, Nº 7 (2016), p. 1607-1648.

²⁷³ BRESSMAN, Lisa Schultz, *op. cit.*

²⁷⁴ JACOBS, Sharon B., *op. cit.*

comum o argumento segundo o qual os intentos dos beneficiários da regulação devem ser atendidos no processo político-administrativo, e não no processo judicial²⁷⁵: o descontentamento quanto ao desempenho das entidades reguladoras deveria fazer-se valer pelas vias tradicionais das garantias administrativas e da *accountability* política.

A tendência recente vem, todavia, no sentido de uma maior flexibilização do entendimento do princípio da separação de poderes. O facto de a inação administrativa envolver a ponderação de elementos técnicos, mormente conexionados com a alocação dos recursos públicos, não constitui obstáculo absoluto à apreciação judicial: esta apreciação haverá de recair tão-só sobre o (in)cumprimento de vinculações jurídicas. Onde a Administração goza de discricionariedade, aquela apreciação limitar-se-á à verificação do respeito pelos princípios gerais²⁷⁶, nunca entrando no campo dos juízos de natureza puramente técnica. Portanto, não há aqui qualquer extravasamento do conteúdo da função jurisdicional: uma vez que o controlo judicial é espoletado pela invocação de uma lesão a um direito subjetivo, a inação administrativa impugnada corresponderá ao incumprimento de um dever legal. Cabe ainda sublinhar que o acesso aos tribunais é a via privilegiada de proteção dos cidadãos contra a (in)atividade dos entes públicos – é manifestamente ingénuo crer que o processo político-administrativo atenderá devidamente a tais interesses. Em suma, não se encontra motivo para propugnar que o reconhecimento do direito subjetivo à regulação coloca em perigo a autonomia da função administrativa. De facto, bem diferente de *discordar* de decisões regulatórias de não agir é ser pessoalmente *lesado* por falhas do sistema regulatório²⁷⁷.

Noutro prisma, poder-se-ia negar a desejabilidade de um direito à regulação pública a partir da ideia de que tal construção permitiria a instituição de uma “ditadura dos cidadãos”. Reconhecer aos particulares a faculdade de exigir a atuação regulatória significa viabilizar o *private enforcement* da regulação pública também em relação à Administração. Se essa prerrogativa já suscita alguma desconfiança quando utilizada no contexto das relações jurídico-privadas, tais dúvidas adensam-se quanto à sua mobilização no seio de relações

²⁷⁵ SUNSTEIN, Cass R., «Standing...», *op. cit.*

²⁷⁶ Destaca-se, nesta sede, o princípio da prossecução do interesse público e o princípio da igualdade. Este último carrega uma dimensão especialmente aplicável no campo da discricionariedade: a proibição da arbitrariedade. Portanto, a margem de apreciação e decisão concedida à Administração termina onde a conduta administrativa se mostra discriminatória por desprovida de critério legítimo para a diferenciação.

²⁷⁷ BRESSMAN, Lisa Schultz, *op. cit.*

jurídico-administrativas²⁷⁸. Desde logo, propugna-se que o *private enforcement* equivale a colocar os particulares em condições de “forçar” a Administração a atuar em circunstâncias concretas, perturbando a planificação e programação efetuadas. A atribuição de competências regulatórias à Administração funda-se na convicção de que esta dispõe de uma ímpar competência técnica que lhe permite ponderar os valores em jogo e delinear a política regulatória mais eficaz na realização do interesse público. Deste modo, permitir a interferência dos particulares nos juízos efetuados significa descartar a *expertise* e o *know-how* dos entes reguladores. Depois, argui-se que o *private enforcement* subordina a operação dos sistemas regulatórios aos interesses pessoais e egoísticos dos beneficiários, com prejuízo para o interesse público. No plano processual, a sua conversão em direito subjetivo envolve o risco de desencadear um excesso de litigância, com elevados custos sociais. É também frequente a associação do *private enforcement* ao desperdício de recursos públicos. Na medida em que são os particulares a selecionar as situações concretas em que deve ser exigido o cumprimento dos regimes regulatórios, as entidades reguladoras deixam de conseguir gerir os recursos escassos disponíveis. Outro argumento comumente mobilizado para recusar o *private enforcement* da regulação pública contra o Estado é a ideia de que a normalização deste expediente pode gerar numa atitude indiligente por parte dos atores regulados, porquanto o responsável pelas suas condutas danosas seria o Estado regulador. Por fim, é ainda comum arguir que o *private enforcement* tem potencial para interferir com a (desejável) cooperação entre regulador e regulados.

Também este raciocínio nos parece desproporcionado. Por um lado, o direito em apreço não cobre todo o espaço ocupado pela regulação pública, nem pretende ter potencial despótico: os particulares só se encontram em posição de exigir a atuação regulatória onde existem deveres legais de regular e se tais deveres houverem sido impostos à Administração com o objetivo primordial de defesa dos particulares. Por outro lado, o *private enforcement* é uma mais-valia insubstituível para a integridade do modelo regulador, o que justifica a sua conversão em direito subjetivo público. Em primeiro lugar, desempenha uma importante função preventiva, impelindo as entidades reguladoras a desempenharem as suas missões de forma diligente. Aliás, a aceitação da impunidade da Administração reguladora gera, quanto ao cumprimento dos respetivos deveres de ação, risco moral. Em segundo lugar, dado o

²⁷⁸ Sobre as vantagens e desvantagens do *private enforcement*, cf. BARKOW, Rachel E., *op. cit.* STEPHENSON, Matthew C., «Public regulation of private enforcement: the for expanding the role of administrative agencies», *Virginia Law Review*, Vol. 91 (2005), p. 93-173. ZINN, Matthew D., *op. cit.*

melhor posicionamento dos particulares para detetar infrações concretas aos regimes regulatórios, o *private enforcement* contribui decisivamente para a eficácia da regulação. Funcionando como mecanismo coercivo e como “*fire alarm*”, o instrumento em apreço é particularmente eficaz na correção das falhas regulatórias por inação administrativa²⁷⁹. Em terceiro lugar, ao viabilizar a participação decisiva dos beneficiários no processo regulatório, é um instrumento fulcral no combate à captura regulatória. Em quarto lugar, este expediente torna evidentes as lacunas dos regimes legais (que permitem à Administração assumir uma conduta leniente), viabilizando a sua correção pelas instâncias competentes.

Além das vantagens que apresenta, o direito de exigir do Estado o *enforcement* da regulação pública resulta naturalmente da mera instituição de um regime regulatório:

«If a government body decides to create and implement rules, it should also enforce these rules. Citizens rely on that.»²⁸⁰.

A confiança dos cidadãos na regulação para proteger a respetiva posição nas relações sociais (muitas vezes, de poder) é criada pelo próprio Estado, pelo que seria incoerente não lhes reconhecer o direito a exigir a boa operação do sistema regulatório. A tudo quanto ficou exposto acresce que os inconvenientes apontados ao *private enforcement* contra o Estado se resumem a meras conjecturas. Em particular, inexistem dados que sustentem a ideia de que o acolhimento deste expediente desencadeará uma avalanche de demandas capaz de perturbar a integridade da função regulatória-administrativa. Aliás, bem poderá suceder o oposto, em virtude da concretização das vantagens enunciadas. Portanto, também não parece que o direito à regulação abra caminho à usurpação da função administrativa pelos particulares.

c) Garantia como proteção jurídica objetiva

A respeito da analogia firmada entre o dever de garante que dá lugar à comissão por omissão em Direito Penal e o dever de garante do Estado regulador, sempre se poderia afirmar que a responsabilização da Administração reguladora por incumprimento de tal dever não tem necessariamente de significar o reconhecimento de um correspondente direito subjetivo. Do

²⁷⁹ A interconexão fundamental entre o direito subjetivo à regulação e a inação regulatória funda-se, primordialmente, na faculdade de execução privada da regulação pública que aquele direito integra. Esta faculdade permite aos particulares colocar em funcionamento a engrenagem regulatória quando o organismo público responsável não o faz. Esta substituição do regulador pelos particulares constitui, como bem se compreende, a única via capaz de sanar a falha regulatória resultante da inação administrativa.

²⁸⁰ GIESEN, Ivo, «Regulating regulators through liability: the case for applying normal tort rules to supervisors», *Utrecht Law Review*, Vol. 2, Nº 1 (2006), p. 16.

raciocínio apresentado parece apenas extrair-se uma conclusão necessária: a regulação pública de atividades privadas gera, na esfera do Estado Administrativo, um dever de garante cujo incumprimento é antijurídico e, por isso, suscetível de dar lugar à responsabilidade civil. Assim como a omissão do dever de garante situada no ordenamento jurídico-penal não equivale à violação de uma posição jurídico-subjetiva, antes se situando num terreno exclusivamente objetivo (equivale à lesão de um bem jurídico com dignidade penal), também a omissão do dever de garante no seio do sistema regulatório não teria que equivaler à violação de um direito subjetivo dos particulares²⁸¹. Também aqui poderia situar-se o dever de garante num espaço de objetividade: o seu incumprimento repercutir-se-ia tão-só na rutura com a legalidade, na medida em que a lei é o princípio e o fim de todas as coisas no campo administrativo. Ao dever de garante da Administração reguladora poderia, então, corresponder simplesmente o interesse legalmente protegido dos particulares ou até, quiçá, um interesse difuso ou um simples interesse de facto.

Cabe dizer, antes de mais, que uma parte da doutrina mais recente tem propugnado a eliminação da distinção entre direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos: por um lado, verifica-se que as duas figuras gozam, cada vez mais, de um tratamento legal tendencialmente unitário; por outro, as mais das vezes inexistente motivo razoável para distinguir entre posições jurídicas subjetivas de “1º categoria” e “2º categoria”²⁸².

No que concerne aos interesses de facto e aos interesses difusos, é absolutamente contrário ao espírito do sistema regulatório remeter os beneficiários da regulação para a posição de titulares de tais interesses. A proteção que o ordenamento concede a tais interesses resume-se a um mínimo que, na *praxis*, equivaleria, com elevada frequência, à desproteção.

Por fim, há que reconhecer que, não obstante a tendência uniformizadora dos regimes jurídicos, a titularidade de um direito subjetivo coloca o sujeito numa posição globalmente mais robusta do que a titularidade de interesses legalmente protegidos. Num domínio onde as entidades administrativas exercem poderes excepcionais e no qual estão envolvidos direitos fundamentais, a atribuição de um direito subjetivo aos beneficiários da regulação é a única via que lhes permite *participar* decisivamente no *cosmos* regulatório (nomeadamente, no plano procedimental), e não apenas *reagir* posteriormente. É este o único expediente que os

²⁸¹ Rivera Ortega mobiliza a figura apenas no contexto da responsabilidade civil da Administração por omissão, para superar as dificuldades que se colocam, nesta sede, em termos de estabelecimento do nexo de causalidade entre a inação administrativa e o resultado danosos. ORTEGA, Ricardo Rivera, *op. cit.*

²⁸² SILVA, Vasco Pereira da, *op. cit.* MARQUES, Francisco Paes, *op. cit.*

reconhece como atores dentro do sistema e não como meros observadores²⁸³. Neste ponto reside, aliás, a diferença entre o Direito Penal e o Direito Administrativo que justifica a divergência quanto ao ponto de chegada. Embora a similitude do raciocínio subjacente às normas de proteção permita concluir que, à imagem do que sucede na comissão por omissão, também da regulação pública brota um dever de garante que se considera violado em caso de inação administrativa, a distinta axiologia que sustenta os ramos jurídicos envolvidos pressupõe diferentes meios de efetivação daquele dever: a natureza repressiva do ordenamento penal implica que o seu *instrumentarium* seja unicamente *reativo*; já o ordenamento administrativo oferece uma bem mais ampla panóplia de expedientes protetores, incluindo meios *preventivos*, *participativos* e, claro, *reativos*.

²⁸³ Em sentido inverso, propugnando que a figura do interesse legalmente protegido confere uma proteção mais ampla do que o direito subjetivo, *cf.* FREIRE, Antonio Manuel Pena, *op. cit.*

Conclusão

Tempos de crise originam, invariavelmente, a *redescoberta* do Estado. Defronte da adversidade sempre se multiplicam as reivindicações por auxílio e intervenção estatal e se levantam vozes a exigir a identificação das falhas públicas e o apuramento das consequentes responsabilidades. Considerando apenas o primeiro vicínio do nosso século e a experiência nacional, são vários os exemplos ilustrativos desta confiança subliminar na proteção estadual. O exemplo paradigmático é, claro, a crise económico-financeira de 2008/09²⁸⁴. Após um período de descrença no Estado e de deslumbramento em torno das ideias de privatização, de *rolling back* e de *minimal State*, as graves consequências socioeconómicas que se alastraram a praticamente todos os países do “Mundo ocidental” levaram os cidadãos a exigir do Estado uma intervenção mais pungente e efetiva sobre a Economia²⁸⁵. A regulação dos mercados, sobretudo do mercado financeiro, robusteceu-se, com o intuito primordial de proteger os operadores económicos e os consumidores das dinâmicas nefastas do capitalismo desregrado. Apesar do protagonismo óbvio que as crises precipitadas por causas económicas granjeiam no espaço reflexivo em torno da regulação, também crises de outra natureza geram efeitos idênticos. Recorde-se, entre nós, a crise social aberta na sequência dos incêndios florestais de 2017, dada a extensão da área ardida, a destruição material e o número de mortes. A devastação originada pela catástrofe repercutiu-se, naturalmente, em reivindicações provindas das populações e do tecido empresarial afetados. Os sistemas de incentivos e financiamento instituídos visaram promover o emprego e capacitar as pequenas e médias empresas fornecedoras de bens e serviços nas zonas abrangidas. Por fim, não poderíamos deixar de perspetivar sob esta lente a recente crise socioeconómica desencadeada pela pandemia de SARS-CoV-2. O impacto avassalador que a situação epidémica está e continuará a ter na economia real e nos mercados financeiros não pode deixar de ser uma preocupação primordial das estruturas governamentais. Neste âmbito, multiplicam-se vertiginosamente as exigências dos cidadãos dirigidas ao Estado e a

²⁸⁴ Destacando o indiscutível impacto dos momentos de crise na reflexão em torno do papel do Estado e das instituições administrativas e apresentando, de forma particularmente sagaz, as tarefas que os Estados foram chamados a desempenhar na recuperação económica pós-2008 e as eventuais repercussões a longo prazo dessas intervenções, cf. NAPOLITANO, Giulio, «The role of the state in (and after) the financial crisis: new challenges for administrative law», in ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, L. Peter, ed., *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar Publishing, 2010, p. 569-591.

²⁸⁵ Sobre a transformação do Estado regulador espoletada pela crise de 2008, cf. GONÇALVES, Pedro, *Reflexões... op. cit.*

regulação pública foi lançada para o centro do debate público diário²⁸⁶. A emissão de regimes regulatórios excepcionais tem-se desenvolvido a uma velocidade alucinante, cobrindo grande parte da vida económica e social. De entre as medidas implementadas destacam-se as medidas restritivas do exercício de atividades económicas, as medidas de condicionamento de algumas liberdades fundamentais e as medidas relativas aos serviços essenciais. Porventura mais do que em qualquer outro cenário de crise, o momento epidémico que atravessamos dificulta a rejeição da existência de um direito à regulação pública, isto é, à *proteção estadual dos direitos dos cidadãos por intermédio da regulação íntegra e eficaz das relações sociais*.

A perquirição dos diversos cenários de crise mostra-se particularmente útil porquanto coloca em evidência a imperiosidade do papel económico do Estado. No estágio atual de evolução do arquétipo estadual, esse papel consubstanciar-se-á no exercício de uma atividade de garantia, cuja expressão privilegiada é a regulação pública. Este é um contexto que evidencia a interconexão entre a inação pública e a lesão de posições fundamentais dos cidadãos, bem como o potencial comburente da falha regulatória. Evidentemente, não se ignora a inevitabilidade (e desejabilidade) da subsistência de algum risco, suscetível de se consumir em lesões individuais, sem que se verifique uma falha regulatória²⁸⁷. Imputar ao Estado a responsabilidade de suprimir todos os riscos inerentes às relações sociais equivaleria a anular a autonomia privada e a extinguir a economia de mercado. Não obstante, o que se pretende destacar é que, mesmo onde a crença no potencial do Estado está mais erodida, a crise tende a revelar uma confiança ontológica na proteção estadual.

Especialmente no nosso quadrante sociopolítico e geográfico, a confiança dos cidadãos na proteção estadual contra a prepotência nas relações sociais e a imperfeição do funcionamento dos mercados é um dado indiscutível. Se a História mostrou não ser necessário – nem desejável – que o modelo social europeu se corporize num figurino omnipresente de Estado prestador, é indubitável que também tornou clara a inadequação do paradigma estadual mínimo. Assim, o Estado de Garantia é uma decorrência incontornável da tradição e da cultura jurídico-política europeia. São os cidadãos os primeiros a exigí-lo, e são eles, por

²⁸⁶ HAFIZ, Hiba, *et al.*, «Regulating in pandemic: evaluating economic and financial policy responses to the coronavirus crisis», *Working Paper*, Boston College Law School, N° 527 (março 2020).

²⁸⁷ CARRIGAN, Christopher; COGLIANESE, Cary, «Oversight in Hindsight Assessing the U.S. Regulatory System in the Wake of Calamity», in COGLIANESE, Cary, org., *Regulatory Breakdown The Crisis of Confidence in U.S. Regulation*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2012.

isso, os principais responsáveis por requerer das estruturas de poder uma atuação conforme com os valores enraizados na consciência partilhada. Torna-se, portanto, inconcebível negar, em abstrato, um direito dos cidadãos à regulação pública. Não se lhes pode negar a autoridade natural para exigir o compromisso do Estado com o modelo de organização sociopolítica escolhido. O que não equivale, de modo algum, a militar por uma ditadura da cidadania. Nos termos apresentados, a posição jurídico-subjetiva propugnada goza de um campo de aplicação circunscrito, por um lado, à vinculação jurídica do poder público e, por outro, à teleologia protetora da normatividade vigente. Neste segundo momento reside o âmago da construção erguida.

O arquétipo estadual garantidor-regulador, associado às diretrizes fundamentais irradiadas pelo princípio da socialidade, a estrutura triangular das novéis relações administrativas regulatórias, a figura da falha regulatória e o dever de garante que onera a Administração reguladora propugnam uma verdadeira *metamorfose* do direito subjetivo público. Esta reconfiguração exige um esforço hermenêutico que permita encontrar a teleologia por detrás das normas administrativas-regulatórias, de caráter marcadamente abstrato e impreciso²⁸⁸. Impõe-se, neste âmbito, dar um passo em frente em relação à germânica teoria da norma de proteção. Com efeito, a extração de um intuito protetor das normas administrativas está, mais do que outrora, desligada do teor literal das disposições, antes encontrando arrimo num conjunto alargado de elementos ligados à metafísica própria do particular campo normativo em causa: o campo da regulação pública. Dentre os elementos mobilizáveis destacam-se, nos termos que ficaram expostos, o princípio da socialidade e os direitos fundamentais, o potencial lesivo da falha regulatória decorrente da inação administrativa e o dever de garante que recai sobre o Estado²⁸⁹. Quando, da ponderação destes dados por referência a uma específica competência regulatória, se conclua pelo intuito protetor da disposição em relação a sujeitos diversos dos regulados, ao dever administrativo de agir haverá de corresponder um direito subjetivo à regulação. Assim é porquanto de tal quadro normativo resulta, indubitavelmente, um relacionamento triangular entre regulados, Administração e beneficiários. Ora, para que a relação concreta entre os atores no terreno se configure em termos triangulares é imprescindível que também os beneficiários titulem posições substantivas ativas quer em relação aos regulados quer em relação à Administração. Outro

²⁸⁸ Sobre a perda de robustez da legalidade administrativa no campo do Direito Administrativo da Regulação, cf. GONÇALVES, Pedro – «Direito Administrativo...», *op. cit.*

²⁸⁹ *Vide supra*: Cap. III, 4.

entendimento redundaria em configurar uma relação bipolar com efeitos externos sobre “terceiros”, o que é frontalmente contrário à natureza protetora da norma atributiva do dever de agir e à própria razão de ser da garantia pública.

O direito subjetivo à regulação é o único mecanismo capaz de assegurar a efetividade da responsabilidade pública de garantia, que alicerça o modelo de Estado de Garantia. No plano procedimental, permite a participação ativa dos beneficiários no processo regulatório. No plano processual, viabiliza, por um lado, o *private enforcement* da regulação pública, e, por outro, a reparação das lesões sofridas. A participação procedimental e o *private enforcement* colocam os beneficiários em condições de afiançar o correto funcionamento do sistema regulatório. E a responsabilidade civil da Administração pelos danos provocados aos beneficiários permite-lhes usufruir da garantia pública em toda a sua extensão – não seria concebível a circunscrição da garantia pública à prevenção de danos futuros, afastando-a perante danos já materializados²⁹⁰. Esta tríplice dimensão garantística do direito à regulação evidencia a sua particular idoneidade, enquanto operador técnico, para assegurar a efetividade (prática) da garantia pública.

Em suma, a edificação de um autêntico Estado Regulador de Garantia e a atribuição de uma responsabilidade de garantia à sua Administração exigem o reconhecimento do direito subjetivo à regulação. Negar esta atribuição é insistir em padrões dogmáticos ultrapassados, recusando a reconfiguração do direito subjetivo público à luz dos valores e finalidades que imperam no (novo) Direito Administrativo: os direitos públicos não podem continuar a ser prerrogativa exclusiva dos “administrados”, na medida em que a Administração *hodierna* assume uma panóplia de tarefas cujo exercício afeta outros sujeitos além daqueles com os quais estabelece uma relação direta.

²⁹⁰ A natural restrição de espaço impede-nos de maiores incursões na problemática da responsabilidade civil da Administração reguladora. Sobre a temática nos ordenamentos de *civil law*, cf. ALBUQUERQUE, Alexandre; ALBUQUERQUE, Pedro, *op. cit.* CONDE, Edmilson Wagner dos Santos, «Breves reflexões sobre a Responsabilidade Civil das Entidades Reguladoras: em especial, o caso do Banco de Portugal», *e-Pública*, Vol. 3, Nº 2 (2016), p. 259-276. GIESEN, Ivo, *op. cit.* LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.* MAÇÃS, Fernanda, *op. cit.* ORTIZ, Gaspar Arino, «El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho», *Revista de Administración Pública*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 9.37. PUENTE, Marcos Gómez, *op. cit.*

Bibliografia:

ALBUQUERQUE, Alexandre; ALBUQUERQUE, Pedro, «O controlo contencioso da actividade das entidades de regulação económica», in ALBUQUERQUE, Ruy de; CORDEIRO, António Menezes, coord., *Regulação e Concorrência: Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*, Coimbra: Almedina, 2004, ISBN 9789724023861, p. 249-285.

ALEXY, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, ISBN 8425909392.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, «A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de Direito, Estado Fiscal, Estado Social», in CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos, org., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra: Coimbra Editora, Vol. 1, 2012, ISBN 9789723220513.

___ *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, ISBN 9789724079226.

ANJOS, Maria do Rosário, «Os serviços de interesse económico geral da União Europeia: concorrência e obrigações de serviço público», *Reflexões: Revista Científica da Universidade Lusófona do Porto*, Porto: C.F.A.C., Ano 1, Nº 1 (2006), p. 205-230.

APOLINÁRIO, Marisa, *O Estado regulador: o novo papel do Estado: análise da perspectiva da evolução recente do direito administrativo: o exemplo do sector da energia*, Coimbra: Almedina, 2015, ISBN 9789724059570.

ASQUER, Alberto, *Regulation of Infrastructure and Utilities: Public Policy and Management Issues*, 1ª ed., Palgrave Macmillan, 2018, ISBN 978-3-319-67735-4.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGEM Martin – *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*, 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2012, ISBN 9780199576098.

BALLEISEN, Edward J., MOSS, David A., *Government and markets: toward a new theory of regulation*. Cambridge: New York: Cambridge University Press, 2010, ISBN 9780521280532.

BARKOW, Rachel E., «Overseeing Agency Enforcement», *The George Washington Law Review*, George Washington University, ISSN 00168076, Vol. 84, N° 5 (2016), p. 1129-1186.

BENNETT, B., «Legal rights during pandemics: Federalism, rights and public health laws – a view from Australia», *Public Health*, ISSN 0033-3506, Vol. 123 (2009), p.232-236.

BHAGWAT, Ashutosh, «Three-Banch Monte», *Notre Dame Law Review*, Vol. 72 (1996), p. 157-191, ISSN 07453515.

BIBER, Eric, «The importance of resource allocation in administrative law», *Administrative Law Review*, American University Washington College of Law, American Bar Association, ISSN 0001-8368, Vol. 60, N° 1 (2008), p. 1-63.

____«Two Sides of the Same Coin: Judicial Review of Administrative Agency Action and Inaction», *Virginia Environmental Law Journal*, ISSN 10455183, Vol. 26, N° 3 (2008), p. 461-503.

BLACK, Julia, «Critical reflections on regulation», *Australian Journal of Legal Philosophy*, Edward Elgar Publishing, ISSN 1440-4982, N° 27 (2002), p. 1-46.

____«Learning from Regulatory Disasters», *Policy Quarterly*, The Institute for Governance and Policy Studies, School of Government at Victoria University of Wellington, ISSN 2324-1101, Vol. 10, N° 3 (2014), p. 3-11.

BRESSMAN, Lisa Schultz, «Beyond accountability: arbitrariness and legitimacy in the Administrative State», *New York University Law Review*, New York: New York University, ISSN 0028-7881, Vol. 78 (2003), p. 461-556.

___ «Judicial Review of Agency Inaction: An Arbitrariness Approach», *New York University Law Review*, New York: New York University, ISSN 0028-7881, Vol. 79, Nº 5 (2004), p. 1657-1718.

BREYER Stephen G.; STEWART, Richard B., *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*, 3ª ed., Boston: Little, Brown and Company, 1992, ISBN 0316107778.

BUZBEE, William W., «Agency Statutory Abnegation in the Deregulatory Playbook», *Duke Law Journal*, Duke University School of Law, ISSN 0012-7086, Vol. 68, Nº 8 (2019), p. 1509-1591.

CADETE, Eduardo Maia, *Concorrência e Serviços de Interesse Económico Geral*, São João do Estoril: Princípia, 2005, ISBN: 9789728818517.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, «O direito constitucional passa: o direito administrativo passa também», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, ISBN: 9789723210507.

___ «O Estado garantidor: claros-escuros de um conceito», in NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, coord., *O direito e o futuro: o futuro do direito*, Coimbra: Almedina, 2008, ISBN 978-972-40-3501-7, p. 571-576.

___ «O princípio democrático sob a pressão dos novos esquemas regulatórios», *Revista de Direito Público e Regulação*, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, ISSN 1647-2306, Nº 1 (maio 2009), p. 99-108.

___«Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo», *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra: Almedina, ISSN 9780872933613, N° 1 (1994), p. 55-66.

___ *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, ISBN 9789724021065.

CARDOSO, Daniela, «O papel da Autoridade da Concorrência no Private Enforcement: uma reflexão em torno da figura do amicus curiae», *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa: Ordem dos Advogados, ISSN 0870-8118, Ano 78, N° 3/4, (2018) p. 581-598.

CARRIGAN, Christopher; COGLIANESE, Cary, «Oversight in Hindsight: Assessing the U.S. Regulatory System in the Wake of Calamity», in COGLIANESE, Cary, ed., *Regulatory Breakdown: The Crisis of Confidence in U.S. Regulation*, University of Pennsylvania Press, 2012, ISBN 978-0-8122-0749-1, p.1-20.

CASSESE, Sabino, *La nuova costituzione economica*, 5ª ed., Bari: Editori Laterza, 2017, ISBN 9788842098492.

CAUPERS, João, «A agonia do Estado social», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ISSN 1645-1430, Ano 7, N° esp. (2010), p. 45-50.

COLKER, Ruth, «Administrative Prosecutorial Indiscretion», *Tulane Law Review*, Tulane Law Review Association, ISSN 0041-3992, Vol. 63 (1988-1999).

CONDE, Edmilson Wagner dos Santos, «Breves reflexões sobre a Responsabilidade Civil das Entidades Reguladoras: em especial, o caso do Banco de Portugal», *e-Pública* [em linha]. Vol. 3, N° 2 (2016), p. 259-276 [Consult. 12-04-2020], Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183184X2016000200011&lng=pt&nrm=iso, ISSN 2183-184X.

CONFRARIA, João, *Regulação e concorrência: desafios do século XXI*, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica, 2011, ISBN 9789725402887.

CORREIA, José Manuel Sérvulo, «Os grandes traços do direito administrativo no séc. XXI», *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, ISSN 1516-3210, Ano 16, Nº 63 (2016), p. 45-66.

CROLEY, Steven P., «Theories of Regulation: Incorporating the Administrative Process», *Columbia Law Review*, New York: Columbia Law Review Association, ISSN 00101958, Vol. 98, Nº 1 (1998), p. 1-168.

CROLEY, Steven P., *Regulation and Public Interests: The Possibility of Good Regulatory Government*, Princeton University Press, 2008, ISBN 978-0-691-13085-9.

DATLA, Kirti, «The Tailoring Rule: Mending the Conflict Between Plain Text and Agency Resource Constraints», *New York University Law Review*, New York: New York University, ISSN 0028-7881, Vol. 86, Nº 6 (2011), p. 1989-2027.

DEACON, Daniel T., «Deregulation through nonenforcement», *New York University Law Review*, New York: New York University, Vol. 85, Nº 3 (2010), p. 795-828.

DECKER, Christopher, *Modern economic regulation: an introduction to theory and practice*, 1ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

DEN HERTOOG, J.A., «Review of economic theories of regulation», *Discussion Paper Series*, Utrecht School of Economics: Tjalling C. Koopmans Research Institute, ISSN: 2666-8238, Vol. 10, Nº 18 (2010).

ESTORNINHO, Maria João, *A Fuga para o Direito Privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, 2ª reimp., Coimbra: Almedina, 2009, ISBN 9789724009278.

FILHO, Salomão Ismail, «Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente», *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ISSN 2238-5177, Vol. 277, Nº 3 (março 2018), p. 105-137.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDES Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Vol. II 5ª ed., Madrid: Editorial Civitas, 1997, ISBN 8473987039.

GERSEN, Jacob E.; O'CONNELL, Anne Joseph, «Deadlines in Administrative Law», *University of Pennsylvania Law Review*, University of Pennsylvania Law School, ISSN 00419907, Vol. 156, Nº 4 (2008), p. 923-990.

GIESEN, Ivo, «Regulating regulators through liability: the case for applying normal tort rules to supervisors», *Utrecht Law Review*, Igitur, ISSN 1871515X, Vol. 2, Nº 1 (2006), p. 8-31.

GOMES, Carla Amado; RAIMUNDO, Miguel Assis, «Topicamente – e a quatro mãos... – sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas», *Revista de Direito Público e Regulação*, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, ISSN 1647-2306, Nº 5 (março 2010), p. 3-26.

GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la administración*, Pamplona: Aranzadi, 1997, ISBN 8481935565.

GONÇALVES, Pedro Costa, «Direito administrativo da regulação», in MIRANDA, Jorge, coord., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, ISBN 9780000056399, p. 527-573.

___«Ensaio sobre a figura da inação administrativa oficiosa», in GOMES, Carla Amado; CALVÃO, Filipa Urbano; DIAS, José figueiredo Dias, coord., *Nos 20 anos do CJA*, 1ª ed., Braga: CEJUR, 2017, ISBN 978-989-96672-8-0, p. 295-340.

___«Regulação pública e proteção administrativa de direitos subjetivos privados», in GOMES, Carla Amado, *et al.*, coord., *Garantia de direitos e regulação: perpectivas de direito administrativo*, Lisboa: AAFDL, 2020, p. 13-22, ISBN: 9789726293460.

___*Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Coimbra: Almedina, 2008, ISBN 9789724026442.

___*Manual de Direito Administrativo*, Vol. 1, Coimbra: Almedina, 2019, ISBN 9789724081359.

___*Reflexões sobre o Estado regulador e o Estado contratante*, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, ISBN 9789723221473.

GOUVEIA, Rodrigo, *Os serviços de interesse geral em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, ISBN 972-32-1059-2.

HAFIZ, Hiba, *et al.*, «Regulating in pandemic: evaluating economic and financial policy responses to the coronavirus crisis», *Working Paper*, Boston College Law School, N° 527 (março 2020).

HEINZERLING, Lisa, «Unreasonable Delays: The Legal Problems (So Far) of Trump’s Deregulatory Binge», *Harvard Law & Policy Review*, Harvard Law School, ISSN 1935-2077, Vol. 12, N° 1 (2018), p. 13-48.

JACOBS, Sharon B., «The Administrative State’s Passive Virtues», *Administrative Law Review*, American University Washington College of Law, American Bar Association, ISSN 0001-8368, Vol. 66, N° 3 (2014), p. 565-625.

LADEUR, Karl-Heinz, *The Changing Role of the Private in Public Governance – The Erosion of Hierarchy and the Rise of a New Administrative Law of Cooperation: A*

Comparative Approach, *EUI LAW Working Papers*, Badia Fiesolana, San Domenico: European University Institute, N° 9 (2002).

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, «A responsabilidade civil das entidades reguladoras», in MIRANDA, Jorge, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra: Coimbra Editora, ISSN 0870-3116, Vol. 3 (2010), p. 113-122.

LEVIN, Ronald M., «Understanding Unreviewability in Administrative Law», *Minnesota Law Review*, Minneapolis: University of Minnesota, ISSN 0026-5535, Vol. 74 (1990), p. 689-781.

LIVERMORE, Michael A., REVESZ, Richard L., «Regulatory Review, Capture, and Agency Inaction», *The Georgetown Law Journal*, Washington: Georgetown Law Journal Association, ISSN 0016-8092, Vol. 101 (2013), p. 1337-1398.

LODGE, Martin; WEGRICH, Kai, *Managing Regulation: Regulatory Analysis, Politics and Policy*, Basingstoke; New York: Palgrave Macmillan, 2012, ISBN 9780230298798.

LOPES, Dulce, «O nome das coisas: serviço público, serviços de interesse económico geral e serviço universal no direito comunitário», *Temas de Integração*, Coimbra: Almedina, Sem. 1º e 2º, N°s 15 e 16 (2003), p. 147-229, ISBN 972402007X.

LOUREIRO, João Carlos, «A “porta da memória”: (pós?) constitucionalismo, Estado (pós?) social, (pós?) democracia e (pós?) capitalismo: contributos para uma “dogmática da escassez”», *Estudos do século XX*, Coimbra: Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX, ISSN 1645-3530, N° 13 (2013), p. 111-126.

___«Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência: algumas questões juspublicísticas», in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, ISBN 972-32-1050-9, p.797-891.

___ *Adeus ao estado social?: a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*, 1ª ed. Lisboa: Wolters Kluwer Portugal – Coimbra Editora, 2010, ISBN 9789723218602.

MAÇÃS, Fernanda, «Responsabilidade civil das entidades reguladoras», in CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos, org., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra: Coimbra Editora, Vol. 1, 2012, ISBN 9789723220513.

MAJONE, Giandomenico, 1ª ed., *Regulating Europe*, London: Routledge, 1996, ISBN 0415142962.

MARQUES, Francisco Paes, *As relações jurídicas administrativas multipolares: contributo para a sua compreensão substantiva*, Coimbra: Almedina, 2011, ISBN 9789724045115.

MARQUES, Maria Manuel Leitão, «Constituição económica e integração: a desnacionalização da constituição económica», *Oficina do CES*, Coimbra: CES-FEUC, N° 141 (1999).

MASHAW, Jerry L., «“Rights” in the Federal Administrative State», *The Yale Law Journal*, The Yale Law Journal Company, Inc., ISSN 0044-0094, Vol. 92, N° 7 (1983), p. 1129-1173.

MENDELSON, Nina A., «Regulatory Beneficiaries and Informal Agency Policymaking», *Cornell Law Review*, Cornell Law School, ISSN 0010-8847, Vol. 92, N° 3 (2007), p. 397-452.

METZGER, Gillian E., «1930s Redux: the Administrative State under siege», *Harvard Law Review*, Cambridge: Harvard Law Review Association, ISSN 0017-811X, Vol. 131, N° 1 (2017), p. 1-95.

MIRANDA, Jorge, «Os novos paradigmas do Estado Social», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto: F.D.U.P.; Coimbra: Coimbra Editora, ISSN 1645-1430, Ano 9 (2012), p. 181-197.

MONTORO CHINER, Maria Jesús, «La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las Leyes: control jurisdiccional "versus" fracaso legislativo», *Revista de Administración Pública*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, Nº 110 (1986), p. 263-366, ISSN 0034-7639.

MORAIS, Carlos Blanco de, «Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: ativismo judicial momentâneo ou um novo paradigma?», in CORREIRA, Fernando Alves; LOUREIRO, João Carlos; MACHADO, Jónatas E. M., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Vol. III, ISBN: 9789723220537.

MOREIRA, Vital, «Regulação económica, concorrência e serviços de interesse geral», in MOREIRA, Vital, org., *Estudos de Regulação Pública – I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, ISBN 9723212307, p. 547-566.

NAPOLITANO, Giulio, «The role of the state in (and after) the financial crisis: new challenges for administrative law», in ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, L. Peter, ed., *Comparative Administrative Law*, 1ª ed., Edward Elgar Publishing, 2010, ISBN 9781848446359, p. 569-591.

NELSON, Caleb, «Adjudication in the political branches», *Columbia Law Review*, Columbia Law Review Association, Inc., ISSN 0010-1958, Vol. 107, Nº 3 (2007), p. 559-627.

NUNES, A. J. Avelãs, *et. al.*, *Os caminhos da privatização da administração pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, ISBN 9789723210446.

ORBACH, Barak, «A State of Inaction: Regulatory Preferences, Rent, and Income Inequality», *Theoretical Inquiries in Law*, De Gruyter, ISSN: 1565-3404, Vol. 16, Nº 1 (2015), p. 45-68.

ORBACH, Barak, «What Is Regulation?», *Yale Journal on Regulation Online*, Yale Law School, Vol. 30, Nº 1 (2012).

ORTEGA, Ricardo Rivera, *El Estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Madrid: Tecnos, 2000, ISBN 8430934677.

ORTIZ, Gaspar Arino, «El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho», *Revista de Administración Pública*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, ISSN: 0034-7639, Nº 182, (2010), p. 9-37.

PAREJO ALFONSO, Luciano, «El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la "crisis" de las prestaciones y los servicios públicos», *Revista de Administración Pública*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, ISSN 0034-7639, vol. 153 (2000), p. 217-249.

PENA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, 1ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 1997, ISBN 8481641804.

PEREIRA, Paulo Trigo, «A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal?», *Análise Social*, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, ISSN 0003-2573, Vol. XXXII, nº 141 (1997), p. 419-442.

PERRINO, Pablo E., «La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia», *Revista de Derecho de La Universidad de Montevideo*, ISSN 15105172, Nº 23, Año XII (2013), p. 47-62.

PIERCE JR., Richard J., «Lujan v. Defenders of Wildlife: Standing as a Judicially Imposed Limit on Legislative Power», *Duke Law Journal*, Duke University School of Law, ISSN 0012-7086, Vol. 42, Nº 6, (1993), p. 1170-1201.

PILDES, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R., «Reinventing the Regulatory State», *The University of Chicago Law Review*, Chicago: The University of Chicago Press, ISSN 0041-9494, Vol. 62, Nº 1 (1995), p. 1-129.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz, «A regulação pública como instituto jurídico de criação prudencial na resolução de litígios entre operadores económicos no início do século XXI», in ALBUQUERQUE, Ruy de; CORDEIRO, António Menezes, coord., *Regulação e Concorrência: Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*, Coimbra: Almedina, 2004, ISBN 9789724023861, p. 159-201.

PORTO, Manuel, « Uma nova filosofia de intervenção na prestação de serviços públicos: a experiência portuguesa nos setores das energias, comunicações, transportes, abastecimento de água e saneamento», *Revista de Direito Público e Regulação*, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, ISSN 1647-2306, Nº 2 (julho 2009), p. 103-120.

POSNER, Richard A., «Theories of Economic Regulation», *The Bell Journal of Economics and Management Science*, RAND Corporation, ISSN 00058556, Vol. 5, Nº 2 (1974), p. 335-358.

PROSSER, Tony, *The Regulatory Enterprise: Government, Regulation, and Legitimacy*, Oxford; New York: Oxford University Press, 2010, ISBN 9780199579839.

PUENTE, Marcos Gómez Puente, «La impugnación jurisdiccional de la inactividad administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid: Editorial Civitas, ISSN 0210-8461, Nº 107 (2000), p. 325-350.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, «La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa», *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, ISSN 0303-9986, nº 6 (2013), p. 23-56.

ROWLEY, Ace E., «Administrative Inaction and Judicial Review: The Rebuttable Presumption of Unreviewability», *Missouri Law Review*, University of Missouri Columbia School of Law, ISSN 0026-6604, Vol. 51, Nº 4 (1986), p. 1039-1058.

SANCHES, José Luís Saldanha Sanches, «A regulação: história breve de um conceito», *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa: Ordem dos Advogados, ISSN 0870-8118, Ano 60, nº 1 (2000), p. 5-22.

SANT'AMBROGIO, Michael, «Agency Delays: How a Principal-Agent Approach Can Inform Judicial and Executive Branch Review of Agency Foot-Dragging», *The George Washington Law Review*, George Washington University, ISSN 00168076, Vol. 79 (2011), p. 1381-1448.

SELZNICK, Phillip, «Focusing Organisational Research on Regulation», in NOLL, Roger, ed., *Regulatory Policy and the Social Sciences*, 1ª ed., Berkeley: University of California Press, 1985, ISBN 9780520309234.

SHAPIRO, Sidney A., «Rulemaking inaction and the failure of administrative law», *Duke Law Journal*, Duke University School of Law, ISSN 0012-7086, Vol. 68 (2019), p. 1805-1842.

SHLEIFER, Andrei, «Understanding Regulation», *European Financial Management*, ISSN 1354-7798, Vol. 11, Nº 4 (2005), p. 439–451.

SILVA, Jorge Pereira da, *Deveres do estado de protecção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, ISBN 9789725404478.

SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado: serviços de interesse económico geral*, Coimbra: Almedina, 2008, ISBN 9789724033716.

SILVA, Suzana Tavares da, «Regulação económica e Estado fiscal: o estranho caso de uma relação difícil entre ‘felicidade’ e garantia do bem-estar», *Scientia Iuridica*, ISSN 0870-8185, Tomo LXI, Nº 328, 2012, p. 113-140.

___ «Revisitando a garantia da tutela jurisdicional efetiva dos administrados», *Revista de Direito Público e Regulação*, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, ISSN 1647-2306, Nº 5 (março 2010), p. 127-140.

SILVA, Vasco Pereira da, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra: Almedina, 2016, ISBN 9789724008943.

STASZEWSKI, Glen, «The Federal Inaction Commission», *Emory Law Journal*, Vol. 59, Nº 2 (2009), p. 368-422.

STEPHENSON, Matthew C., «Public regulation of private enforcement: the case for expanding the role of administrative agencies», *Virginia Law Review*, Vol. 91 (2005), p. 93-173, ISSN 00426601.

STIGLITZ, Joseph E., «Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation», in BALLEISEN, Edward J.; MOSS, David A., *Government and markets: toward a new theory of regulation*, Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2010, ISBN 9780521280532, p. 13-51.

___ «Regulation and Failure», in MOSS, David; CISTERNINO, John, ed., *New perspectives on regulation*, Cambridge: The Tobin Project, 2009, ISBN 9780982478806, p. 11.24.

SUNSTEIN, Cass R., «Paradoxes of the regulatory state», *The University of Chicago Law Review*, Chicago: The University of Chicago Press, ISSN 00419494, Vol. 57, nº 2 (1990), p. 407-441.

___«Reviewing Agency Inaction After Heckler v. Chaney», *The University of Chicago Law Review*, Chicago: The University of Chicago Press, ISSN 0041-9494, Vol. 52 (1985), p. 653-683.

___«Standing and the Privatization of Public Law», *Columbia Law Review*, Columbia Law Review Association, Inc., ISSN 0010-1958, Vol. 88, N° 7 (1988), p. 1432-1481.

___«The most knowledgeable branch», *University of Pennsylvania Law Review*, University of Pennsylvania Law School, ISSN 00419907, Vol. 164, N° 7 (2016), p. 1607-1648.

___«What's Standing after Lujan? Of Citizen Suits, "Injuries," and Article III», *Michigan Law Review*, Michigan: University of Michigan, ISSN 0026-2234, Vol. 91, N° 2 (1992), p. 163-236.

SUNSTEIN, Cass R.; STEWART, Richard B., «Public Programs and Private Rights», *Harvard Law Review*, Cambridge: Harvard Law Review Association, ISSN 0017-811X, Vol. 95, N° 6 (1982), p. 1193-1322.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian, «Libertarian Administrative Law», *The University of Chicago Law Review*, Chicago: The University of Chicago Press, ISSN 0041-9494, Vol. 82, N° 1 (2015), p. 393-473.

___«The law of “not now”: when agencies defer decisions», *The Georgetown Law Journal*, Washington: Georgetown Law Journal Association, ISSN 0016-8092, Vol. 103 (2014), p. 157-195.

___«The Morality of Administrative Law», *Harvard Law Review*, Cambridge: Harvard Law Review Association, ISSN 0017-811X, Vol. 131, N° 7 (2018), p. 1924-1978.

VASCONCELOS, Jorge, «O Estado regulador: principais características e perspectivas de evolução», In ENTIDADE REGULADORA DO SECTOR ELÉTRICO, *A regulação em Portugal*, Lisboa: ERSE, 2000, ISBN 972-8489-13-7, p.159-193.

VINCENTE DOMINGO, Ricardo de, *La inactividad administrativa prestacional y su control judicial*, 1ª ed., Cizur Menor: Civitas: Thomson Reuters, 2014, ISBN 9788447046683.

ZINN, Matthew D., «Policing Environmental Regulatory Enforcement: Cooperation, Capture, and Citizen Suits», *Stanford Environmental Law Journal*, Standford: Stanford University School of Law, ISSN 0892-7138, Vol. 21, Nº 1 (2002), p. 81-74.