

Estado de Garantia e Mercado (*)

PEDRO COSTA GONÇALVES

Professor da Faculdade de Direito de Coimbra

Publicado na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. VII (especial: Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público), 2010, 97-128.

1 – Da separação à cooperação entre Estado e Mercado. 2 – Reconfiguração das responsabilidades públicas e Estado de Garantia. 3 – Fins do Estado de Garantia. 3.1 – Garantia do fornecimento de serviços essenciais. 3.2 – Garantia e protecção dos direitos dos utilizadores dos serviços essenciais. 3.3 – Garantia, protecção e promoção da concorrência. 3.4 – Garantia de um equilíbrio eficiente e justo entre interesse público e interesses privados. 3.5 – Garantia e credibilização de “soluções de mercado” promovidas pelo próprio Estado. 3.6 – Garantia e protecção de outros bens jurídicos. 4 – Instrumentos jurídicos de realização do Estado de Garantia. 4.1 – Direito da regulação. 4.2 – Direito da adjudicação. 4.3 – Colaboração público-privada.

O presente texto procura contribuir para a compreensão de algumas coordenadas fundamentais do conceito de Estado de Garantia (*Gewährleistungsstaat*⁽¹⁾), sobretudo na respectiva aplicação no domínio da economia. Pressupõe-se, neste âmbito, um mapa dualista, que, abstractamente, pode dividir a responsabilidade ou o facto da disciplina dos fenómenos económicos entre o Estado e o Mercado. Ora, o objectivo prosseguido consiste em tentar compreender as responsabilidades que, nestes domínios, o Estado da

* O texto que agora se dá a publicar tem origem na intervenção do Autor – subordinada ao tema “Estado Social de Direito: Garantia Institucional” – no I Encontro de Professores de Direito Público, que se realizou na Faculdade de Direito de Coimbra (Janeiro de 2008).

¹ Sobre o conceito de Estado de Garantia na doutrina germânica (de onde é oriundo), cf. Franz Jürgen SÄCKER, “Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 130, 2005, p. 280 e segs. (187); Karl-Heinz LADEUR, *Der Staat gegen die Gesellschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 340 e segs.; Claudio FRANZIUS, “Der «Gewährleistungsstaat» – ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat”, *Der Staat*, 2003, p. 493 e segs.; *idem*, “Der Gewährleistungsstaat”, *Verwaltungsarchiv*, 2008, 3, p. 351 e segs.; *idem*, *Gewährleistung im Recht (Grundlagen eines europäischen Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, p. 77 e segs.; Rainer SCHRÖDER, *Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 160 e segs.; Kay WAECHTER, *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 160 e segs. Friedrich SCHÖCH, “Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2008, p. 241 e segs.; Andreas VOSSKUHL, “Cooperation between the public and private sector in the enabling state”, in Matthias RUFFERT (ed.), *The public-private law divide: potential for transformation?*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2009, p. 205 e segs..

actualidade – desde logo, a sua dimensão de *Estado Regulador* – deve e não pode deixar de assumir no quadro da sua incumbência geral de garantir o funcionamento eficiente do Mercado ⁽²⁾.

1 – Da separação à cooperação entre Estado e Mercado

Num dos seus tópicos mais correntes e divulgados, a actual literatura jurídica apresenta-nos a satisfação dos interesses colectivos como uma empresa mista e partilhada, que envolve a interacção e a interdependência entre actores públicos e actores privados. Tal tópico faz-se acompanhar de uma semântica inovadora que inclui fórmulas e conceitos como os de “partilha de responsabilidades” ⁽³⁾, de “governança público-privada” ⁽⁴⁾, de “governança colaborativa” ⁽⁵⁾ ou de “interdependência entre actores públicos e privados” ⁽⁶⁾.

O estágio que vivemos no momento actual pressupõe, assim, uma ruptura com a concepção dicotómica entre o Estado e a Sociedade que, com origem no Estado Absoluto, se manteve durante a época liberal. Na rígida dicotomia liberal, baseada numa lógica de confrontação, de adversidade e de recíproca desconfiança, estava implícito o monopólio do espaço público pelo Estado e, com aquele, a consagração da ideia de que a esfera de intervenção estadual no mundo dos valores políticos e da autoridade, constituía sempre *actuação pública*, apresentando-se apenas esta como *actuação de interesse público*. O outro termo da dicotomia, a «Sociedade civil pautada pelo direito privado» ⁽⁷⁾, consistia no espaço da *actuação privada*, situado no mundo dos valores económicos e relativo a áreas ou sectores exclusivamente identificados com *actuações de interesse privado*. Aos cidadãos, portadores, por definição, de interesses meramente egoístas e individuais, ficavam vedadas quaisquer actuações institucionalmente

² No caso português, trata-se mesmo de uma *incumbência constitucional* – cf. artigo 81.º, alínea f), da Constituição da República Portuguesa (CRP), estabelecendo que incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados ...”.

³ O conceito de “partilha de responsabilidades”, aplicado no domínio da teoria das tarefas públicas, surgiu, pela primeira vez, num texto de Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, de 1993, sobre a reforma do direito administrativo; neste sentido, cf. Jan Henrik KLEMENT, *Verantwortung (Funktion und Legitimation eines Begriffs im Öffentlichen Recht)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 57.

⁴ Cf. William J. NOVAK, “Public-private governance: a historical introduction”, in Jody FREEMAN & Marta MINOW (eds.), *Government by contract*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, p. 23 e segs..

⁵ Cf. Jody FREEMAN, “Collaborative governance in the Administrative State”, *UCLA Law Review*, 1997, p. 45 e segs..

⁶ Cf. Catherine DONNELLY, “The response of english public law to private actors in public governance”, in RUFFERT, ob. cit., p. 169 e segs. (169).

vocacionadas para a prossecução de interesses gerais da colectividade. A clara demarcação entre as esferas de *actuação pública* (ou *de interesse público*), reservada ao Estado, e de *actuação privada* (ou *de interesse privado*), reservada aos cidadãos, revelava-se portanto muito nítida, considerando-se mesmo suspeita e ilegítima qualquer interferência entre as duas esferas.

Com o advento do Estado democrático e social, as fronteiras entre Estado e Sociedade esbateram-se, e a lógica liberal de confrontação, de adversidade e de exclusão viu-se substituída (ou, pelo menos, complementada) por uma atitude de cooperação e de acção concertada, que se expressa através de variados e complexos processos de integração, de osmose e de interpenetração e de um novo modelo de relacionamento simbiótico entre Estado e Sociedade.

Esse processo de entrelaçamento e de aproximação entre os dois pólos, tendo no início conhecido uma dimensão sobretudo política e orgânico-institucional, veio, nos fins do século XX, a conhecer uma relevância também no domínio da economia e, em particular, no contexto das relações entre o Estado e o Mercado. Com efeito, a implementação do *rolling back* e do emagrecimento do Estado Administrativo de Providência, no sentido da sua transformação num aparelho essencialmente regulador e vigilante⁽⁸⁾, contribuíram, de forma aliás decisiva, para o incremento da participação do sector privado na realização de tarefas económicas de interesse público. Além de algumas premissas ideológicas (“quanto menos Estado, melhor”) e de uma glorificação dos valores do Mercado, a percepção do potencial endógeno da Sociedade Civil⁽⁹⁾ surge como uma explicação fundamental para certas vertentes ou dimensões do processo de privatização de responsabilidades (tradicionalmente) públicas. Nesta dinâmica de externalização dos fins estaduais, que vai provocar uma reordenação dos papéis do Estado e da Sociedade, há sinais muito nítidos de um deliberado “aproveitamento”, “mobilização”⁽¹⁰⁾ e activação⁽¹¹⁾ da capacidade dos particulares para a realização de objectivos e de fins públicos⁽¹²⁾.

⁷ Cf. Karl RIESENHUBER, “Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und europäischen Recht”, in Karl RIESENHUBER (org.), *Privatrechtsgesellschaft*, Tübingen, 2009, p. 1 e segs..

⁸ No sentido de que a privatização aumenta as tarefas de regulação, de controlo e de vigilância, cf. Ricardo RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 28 e segs..

⁹ Cf. Andreas VOSSKUHLE, “«Concetti chiave» della riforma del diritto amministrativo nella Repubblica Federale Tedesca”, *Diritto Pubblico*, 2000, p. 699 e segs. (p. 747).

¹⁰ Cf. Martin BURGI, “Die Funktion des Verfahrensrechts in privatisierten Bereichen”, in HOFFMANN-RIEM & SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, Baden-Baden, Nomos, p. 164

2 – Reconfiguração das responsabilidades públicas e Estado de Garantia

O resultado do processo de transformação que acaba de se descrever cifrou-se na definição de um novo paradigma de relacionamento entre Estado e Sociedade (Estado e Mercado), baseado num ideário de “partilha de responsabilidades” e de “cooperação” ou de “coordenação”⁽¹³⁾ para a realização dos interesses colectivos. A retracção do Estado ficou, assim, longe de se consubstanciar no regresso a um modelo puro liberal, com a emergência de uma nova “Sociedade civil pautada pelo direito privado”⁽¹⁴⁾: o (indiscutível) reforço do papel da Sociedade e do Mercado não envolveu, de facto, um descomprometimento estadual, confirmando-se, antes, um princípio de permanência e de continuidade das *responsabilidades públicas*⁽¹⁵⁾.

De uso corrente, o conceito de *responsabilidade pública*, com um valor e um significado inicial essencialmente descritivos ou heurísticos⁽¹⁶⁾, tem sido usado pela doutrina para indicar todo o espectro de tarefas públicas, bem como para explicar as diversas modalidades ou graus de intensidade da intervenção administrativa pública na vida social. Neste último sentido, tem-se chamado a atenção para o recorte *relacional* do conceito e para o facto de o mesmo fazer uma ponte entre os pólos do Estado e da Sociedade, na medida em que se revela um indicador do ponto por onde passa a separação ou a distinção de papéis entre aqueles pólos⁽¹⁷⁾.

Ora bem, já se infere da exposição antecedente que, no Estado liberal do século XIX, o espectro de responsabilidades públicas do Estado se esgotava em dois extremos: por um lado, uma *responsabilidade de base e de enquadramento geral*, exercida ao nível legislativo e concretizada na definição de uma estrutura normativa (essencialmente

¹¹ Sobre esta ideia de “activação do potencial privado”, cf. Fritz OSSENBÜHL, “Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private”, *VVDStRL*, 1971, p. 148; VOSSKUHL, “Concetti”, *cit.*, p. 746; Gunnar Folke SCHUPPERT, “Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regelungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft”, p. 248.

¹² Cf. Jody FREEMAN, “The private role in public governance”, *New York University Law Review*, vol. 75, 2000, p. 543 e segs. (p. 549).

¹³ Sobre a necessidade de uma nova *coordenação* entre Estado e Sociedade no Estado pós-moderno, cf. Karl-Heinz LADEUR, *Der Staat gegen die Gesellschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 388 e segs..

¹⁴ Cf. FRANZIUS, “Der Gewährleistungsstaat...”, *cit.*, p. 355; SCHOCH, *ob. cit.*, p. 247.

¹⁵ Apesar da continuidade, afigura-se indiscutível a transcendência do processo de transformação que deu origem ao Estado de Garantia; de resto, a propósito da passagem da *responsabilidade pública de execução* para a *responsabilidade pública de garantia* (conjugada com outros factores), alude-se, por vezes, a um desenvolvimento semelhante ao de um tsunami sobre o direito público; cf. Peter M. HUBER, “Die Demontage des öffentlichen Rechts”, in *Festschrift für Rolf Stober*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2008, p. 547.

¹⁶ Nesta linha, cf. KLEMENT, *ob. cit.*, p. 55 e segs..

¹⁷ SCHRÖDER, *ob. cit.*, p. 156.

de direito privado) de consagração de direitos e liberdades e de definição dos respectivos limites; por outro lado, uma (muito limitada) *responsabilidade de execução*, em cujo âmbito o Estado assumia, no plano material, a realização de determinadas tarefas, primeiro no âmbito da administração policial e, depois, no da administração de infra-estrutura e de serviço público ⁽¹⁸⁾. Como se sabe, o Estado social do século XX não alterou essa estrutura bipolarizada de incumbências públicas, porquanto, na prática, se limitou a aumentar os sectores da *responsabilidade de execução*.

No período que se seguiu à adopção das medidas de liberalização e de privatização da economia, implementadas nas duas últimas décadas do século XX – ou seja, no *after privatization* –, emergiu, na dogmática administrativa, a alusão a um outro nível ou grau de responsabilidade pública, construído com base no tópico da *garantia*. Tratou-se de um *grau intermédio* de responsabilidade pública, que, além do mais, traduz um novo arranjo de articulação e de coordenação de papéis entre o Estado e o Mercado: como já se observou, o Estado de Garantia não é o *Minimalstaat* da época liberal nem o *Maximalstaat* do século XX ⁽¹⁹⁾.

Enquanto sistema ou de estrutura de realização do bem comum, o modelo institucional do Estado de Garantia situa-se a meio caminho, num ponto intermédio, entre dois modelos extremados – o *modelo de Mercado* e o *modelo de Estado* –, propondo a doutrina designá-lo *modelo de regulação* ⁽²⁰⁾.

Embora a formulação literal possa não o sugerir na íntegra, o novo modelo traduz o resultado de uma *interacção* e de uma *partilha otimizada de tarefas e de responsabilidades* entre as duas polaridades, rejeitando a tendência totalitária e excludente em que se centram os dois primeiros modelos. O novo grau ou patamar da responsabilidade pública de garantia procura promover a articulação entre os dois pólos ou subsistemas em que se divide uma comunidade politicamente organizada – Estado e Sociedade (Mercado) –, de modo a preservar a racionalidade inerente de cada um deles e a aproveitar as respectivas vantagens ⁽²¹⁾.

A nova responsabilidade pública de garantia não se esgota, portanto, na definição dos quadros jurídicos genéricos e de base com fundamento nos quais uma

¹⁸ Sobre este sistema (clássico) de dupla responsabilidade, cf. Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Berlim, Springer, 1998, p. 154.

¹⁹ Neste sentido, cf. FRANZIUS, «Der Gewährleistungsstaat...», *cit.*, p. 355.

²⁰ Sobre esses três modelos institucionais de realização do interesse público, cf. FRANZIUS, *Gewährleistung*, *cit.*, p. 25 e segs..

²¹ Cf. VOSSKUHLE, “Cooperation ...”, *cit.*, p. 211.

“Sociedade civil pautada pelo direito privado” se há-de livremente desenvolver ⁽²²⁾. Em vez disso, o Estado pretende protagonizar um envolvimento mais ambicioso no espaço social, assumindo, além do mais, um dever institucional de *assegurar* ou de *garantir* a obtenção de determinados resultados e a realização de certas finalidades de interesse público. O interesse público mantém-se, pois, como critério orientador da *state action*, mesmo quando, em concreto, a produção das utilidades que satisfazem esse interesse se encontra em mãos de particulares. Neste sentido, revela-se adequado recuperar a noção de “posição de garante” – utilizada, em 1971, por Hans-Ulrich Gallwas – para referir a situação do Estado enquanto estrutura de garantia da realização do bem comum ⁽²³⁾.

O sublinhar da ideia de *garantia* também procura enfatizar o facto de se ter subjacente um modelo institucional de realização do interesse público que não coloca o Estado no papel de se comportar como uma máquina de prestações, de fornecimento de serviços e de produtor de bens. Pelo contrário, em grande medida, o modelo pressupõe que as tarefas e incumbências de carácter executivo e operacional migram para a esfera do Mercado e das empresas, ocupando-se o Estado da função de *assegurar* ou de *garantir* que o funcionamento do Mercado e a actuação das empresas se desenvolvem, de certo modo, em conformidade com determinados objectivos e finalidades (de interesse público) previamente definidos. Há aqui uma incumbência pública traduzida em *assuring results* e já não numa *production of results*.

O Mercado e os *non state actors* que nele actuam viram, assim, alargadas as suas esferas de intervenção, no contexto de uma compreensão articulada entre actuação privada e actuação pública: para representar esta articulação, a doutrina passou a empregar o conceito de *auto-regulação privada publicamente regulada* ⁽²⁴⁾. Esta nova fórmula, ao pressupor o *modelo de regulação* acima aludido, ilustra o critério e o sentido da separação de papéis e de responsabilidades entre Estado e actores privados: estes desenvolvem a sua autonomia no espaço da Sociedade e do Mercado, num ambiente jurídico marcado pela intersecção entre uma *regulação jurídica com origem*

²² Os quadros jurídicos genéricos e de base a que nos referimos no texto são os *quadros clássicos do direito privado* – através dos quais o Estado disponibiliza ao Mercado e aos seus agentes instrumentos jurídicos que lhes permitem, num plano de igualdade formal, desenvolver as suas liberdades e exercer os seus direitos (estrutura jurídica baseada na igualdade dos cidadãos, na protecção da propriedade, na autonomia privada e na liberdade contratual).

²³ Cf. Hans Ulrich GALLWAS, “Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private”, *VVDSTRL*, 1971, p. 221 e segs. (225 e segs.).

²⁴ Por todos, cf. Martin EIFERT, “Regulierungsstrategien”, in HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKHULE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, I, Munique, C.H. Beck, 2006, p. 1237 e segs. (p. 1262 e segs.); SCHRÖDER, *ob. cit.*, p. 162.

no Mercado (auto-regulação privada) ⁽²⁵⁾ e uma *regulação jurídica com origem no Estado (hetero-regulação pública)*.

Neste novo quadro, o tópicos da garantia acaba, por conseguinte, por remeter para um cânone de *responsabilidade pelo resultado*, determinando que o Estado assumira a incumbência de garantir que o funcionamento do Mercado produz certos resultados. Quer isto dizer que o Estado não se limita a desempenhar um papel de *activador* ou de *incentivador externo* das forças sociais e dos recursos privados ⁽²⁶⁾. Em concreto, a garantia indicia que o Estado não se pode comportar como um actor *imparcial, desinteressado e descomprometido* com os resultados produzidos no Mercado. É para tornar claro este ponto que se alude a um outro nível ou grau de responsabilidade pública: uma *responsabilidade residual, supletiva ou subsidiária* ⁽²⁷⁾. Pressupondo uma *função de reserva* do Estado, que recorda a situação do jogador suplente, que entra em jogo para substituir um outro que não está a jogar bem ⁽²⁸⁾, este nível de responsabilidade reclama uma actuação pública no caso de o Mercado claudicar e não dar a desejada resposta aos objectivos definidos ⁽²⁹⁾. Trata-se, por conseguinte, de uma responsabilidade pública de execução “em estado latente”, que pode concretizar-se numa espécie de “opção de resgate” ou de “reversão” da tarefa envolvida ⁽³⁰⁾ ou numa medida de outra natureza que tenha o mesmo efeito de empurrar o Estado para a posição de um *player* no Mercado e para abandonar o estatuto de mero regulador ou orientador ⁽³¹⁾. Tanto na Europa, como nos Estados Unidos da América, a mais recente crise financeira (2008) ilustra a passagem, episódica mas decisiva, de uma lógica de responsabilidade pública de garantia (de Estado Regulador) para uma acção estadual

²⁵ Regulação baseada, em larga medida, na figura do contrato (entre privados); o contrato é, por excelência, o instrumento de regulação de condutas e dos *contactos* que se efectuam no Mercado, entre empresas ou entre empresas e clientes.

²⁶ Cf. SCHOCH, *ob. cit.*, p. 242; sobre o conceito de “aktivierender Staat”, cf. Andreas VOSSKUHLE, “Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung”, *VVDStRL*, n.º 62, (2003), p. 311 e segs..

²⁷ Cf. SCHOCH, *ob. cit.*, p. 244; FRANZIUS, “Der Gewährleistungsstaat...”, *cit.*, p. 378.

²⁸ Cf. G.F. SCHUPPERT, “Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: zum Denken in Verantwortungsstufen”, *Die Verwaltung*, 1998, p. 426.

²⁹ Cf. VOSSKUHLE, “Cooperation...”, *cit.*, p. 220.

³⁰ Cf. o nosso *Entidades Privadas*, *cit.*, p. 170.

³¹ Com uma visão crítica sobre a concepção deste nível de responsabilidade, cf. FRANZIUS, “Der Gewährleistungsstaat...”, *cit.*, p. 378. Na nossa interpretação, e ao contrário do que por vezes se diz, a responsabilidade residual não *desqualifica* a posição do Estado, referindo-o como um *jogador*, que executa, em vez de *treinador*, que define a estratégia do jogo. Ora, o que sucede é que, no novo modelo de responsabilidades públicas, por vezes, o Estado não pode ser só treinador (*responsabilidade de garantia*), como se afiguraria desejável; tem de estar preparado para, quando se tornar necessário, ir a jogo (*responsabilidade residual*) – *hoc sensu*, ser jogador revela-se, pois, como uma qualidade acresce à de treinador.

directa no Mercado, mediante um fenómeno que alguma doutrina tem designado por “regulação através de negócios” (compra de empresas e de bancos, injeção de dinheiro nas economias, etc.)⁽³²⁾. Exemplo também de uma espécie de necessário *step in* do Estado pode ver-se no sector eléctrico, no que se refere à produção de electricidade: apesar da liberalização da produção, se for identificada uma necessidade de instalação de novas capacidades, o Estado tem, nos termos da lei, a incumbência de, *em último recurso* (“*last resort*”) assumir o encargo de encomendar a construção de novos centros produtores⁽³³⁾.

3 – Fins do Estado de Garantia

Estamos agora em condições de nos aproximar do conhecimento mais concreto dos fins do Estado de Garantia no domínio da economia e do Mercado³⁴; ensaia-se, afinal, conhecer e analisar os factores que concretizam, densificam ou que contribuem para a efectivação da *responsabilidade pública de garantia*.

Admitindo a incompletude do quadro que se apresenta, assinalamos, contudo, as finalidades mais marcantes ou típicas da fisionomia do Estado de Garantia: garantia do fornecimento de serviços essenciais; garantia e protecção dos direitos dos utilizadores desses mesmos serviços; garantia, protecção e promoção da concorrência; garantia de outros bens jurídicos.

3.1 – Garantia do fornecimento de serviços essenciais

Na dogmática das tarefas do Estado, a ideia de garantia surge associada a um “recoo” ou “retracção” do Estado. Quer dizer, a *garantia* alude a um *minus* em relação ao modelo de Estado da segunda metade do século XX, que não tinha uma incumbência de *garantir*, porque se encarregava de *fornecer*, *produzir* e *prestar*. Neste quadro, percebe-se a associação entre a responsabilidade pública de garantia e os processos de

³² Cf. Steven M. DAVIDOFF & David ZARING, “Regulation by deal: the government’s response to the financial crisis”, *Administrative Law Review*, vol. 61, n.º 3, 2009, p. 463 e segs.

³³ Cf., sobre esta matéria, o nosso texto sobre “Organização e regulação do sector eléctrico”, in *Regulação, Electricidade e Telecomunicações (Estudos de Direito Administrativo da Regulação)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 96 e 147.

³⁴ O conceito de Mercado não inclui apenas os serviços tradicionalmente qualificados como económicos, fornecidos num contexto de iniciativa económica privada; aquele tem vindo a abranger serviços e actividades que, na Europa, até há pouco tempo, eram de titularidade pública e funcionavam sem uma lógica de mercado; ao prestá-los, entendia-se que o Estado não actuava como empresário, mas antes como responsável por prestações sociais. Este quadro alterou-se e, por isso, os serviços de saúde, por exemplo, surgem qualificados como serviços de *interesse económico* geral; cf., sobre isto, Stefano

privatização de tarefas públicas, designadamente no domínio económico. Todavia, estes processos não significaram, naturalmente, a perda da importância social das actividades envolvidas. Por outro lado, deve recordar-se que a privatização material de tarefas não se estendeu a todos os serviços públicos: alguns mantiveram-se como serviços na esfera da titularidade do Estado (ou dos municípios). Neste quadro, em termos juridicamente neutros, que abstraem da qualidade pública ou privada das actividades envolvidas, e para representar a *importância social* dessas mesmas actividades, utiliza-se, a partir de dados normativos do direito comunitário, o conceito de *serviços de interesse económico geral* ⁽³⁵⁾.

Pois bem, um dos fins precípuos do Estado de Garantia vai exactamente consistir em assegurar a existência e o fornecimento, de forma suficiente e em todo o território, desses mesmos serviços de interesse económico geral. Como decorre de documentos da Comissão Europeia, serviços e actividades económicas como a produção e distribuição de energia, as telecomunicações, os transportes, a radiodifusão e os serviços postais, o abastecimento de água e a gestão de resíduos revelam-se “essenciais para o dia-a-dia dos cidadãos e empresas e espelham o modelo europeu de sociedade” ⁽³⁶⁾; numa palavra, trata-se de *serviços essenciais*, que, por isso mesmo, o Estado deve garantir, ainda que não assuma a responsabilidade de os produzir por si mesmo. Nesta mesma linha, o artigo 14.º do *Tratado da União Europeia* (na versão resultante do *Tratado de Lisboa*), estabelece que “*atendendo à posição que os serviços de interesse económico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a União e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito de aplicação dos Tratados, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições, nomeadamente económicas e financeiras, que lhes permitam cumprir as suas missões*”. O *Tratado da União Europeia* reitera, pois, a ideia de que o fornecimento de serviços de interesse económico geral segundo certos princípios e condições constitui um valor comum dos

Civitarese MATTEUCCI, “Servizi sanitari, mercato e «modello sociale europeo»”, *Mercato, concorrenza, regole*, 2009, p. 179 e segs..

³⁵ Sobre o conceito de serviços de interesse económico geral, cf. João Nuno Calvão da SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 215 e segs..

³⁶ Cf. Comunicações da Comissão Europeia sobre *Os serviços de interesse geral, incluindo os serviços sociais de interesse geral: um novo compromisso europeu* [COM(2007) 725 final], e com o *Livro Branco sobre os Serviços de Interesse Geral* [COM (2004) 374 final].

Estados-Membros – o *Protocolo Relativo aos Serviços de Interesse Geral* (anexo ao *Tratado*) densifica esta mesma ideia ⁽³⁷⁾.

A disposição estabelece depois que cabe às instâncias legislativas europeias definir os referidos princípios e condições, “*sem prejuízo da competência dos Estados-Membros para, na observância dos Tratados, prestar, mandar executar e financiar esses serviços*”. Como também resulta claro do *Protocolo*, o *Tratado* mantém, assim, na esfera da soberania dos Estados-Membros a delimitação do leque de serviços de interesse económico geral, bem como a definição da responsabilidade pela respectiva exploração ⁽³⁸⁾. Quer isto dizer, que, apesar do carácter essencial de que se revestem, os serviços económicos de interesse geral podem ser fornecidos pelo Estado ou pelo Mercado, na sequência de uma opção soberana que cabe a cada Estado-Membro. Em Portugal, como em muitos outros Estados-Membros, alguns dos serviços referidos encontram-se, em todo ou em parte, devolvidos ao Mercado (telecomunicações, produção de energia, transportes aéreos), mas outros mantêm-se na esfera estadual ou pública (abastecimento de água, transporte de energia, transportes ferroviários).

Quando os serviços se mantêm na esfera do Estado, parece não se revelar adequado invocar a ideia de Estado de Garantia, haja em vista o facto de o Estado assumir a *responsabilidade de fornecer* ele mesmo tais serviços – e não apenas de garantir o respectivo fornecimento. Mas, como veremos melhor, mesmo neste caso, o contacto com o Mercado pode aparecer, designadamente na sequência da decisão de confiar a entidades particulares a responsabilidade pela exploração da actividade ⁽³⁹⁾. Pois bem, também neste caso, o Estado passa, na prática, a deter a responsabilidade de assegurar ou de garantir o fornecimento de serviços económicos de interesse geral.

³⁷ O artigo 1.º do *Protocolo* estabelece que os valores comuns da União no que respeita aos serviços de interesse económico geral, incluem, em especial: – o papel essencial e o amplo poder de apreciação das autoridades nacionais, regionais e locais para prestar, mandar executar e organizar serviços de interesse económico geral de uma forma que atenda tanto quanto possível às necessidades dos utilizadores; – a diversidade dos variados serviços de interesse económico geral e as diferenças nas necessidades e preferências dos utilizadores que possam resultar das diversas situações geográficas, sociais ou culturais; – um elevado nível de qualidade, de segurança e de acessibilidade de preços, a igualdade de tratamento e a promoção do acesso universal e dos direitos dos utilizadores.

³⁸ A mesma linha de orientação poder ver-se no n.º 3 do artigo 1.º da Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno (“directiva-serviços”), onde se estabelece o seguinte: “a presente directiva não afecta a liberdade de os Estados-Membros definirem, em conformidade com a legislação europeia, o que entendem por serviços de interesse económico geral, o modo como esses serviços devem ser organizados e financiados, em conformidade com as regras em matéria de auxílios estatais, e as obrigações específicas a que devem estar sujeitos”.

³⁹ Neste sentido, a propósito do contacto com as “forças do mercado”, cf. GÓMEZ-IBÁÑEZ, *ob. cit.*, p. 30.

Para referenciar o quadro jurídico que emerge neste contexto, na sequência de disposições várias de direito europeu, incluindo o já referido *Protocolo Relativo aos Serviços de Interesse Geral*, alude-se ao conceito de *serviço universal* (sectores das telecomunicações, dos serviços postais e da energia), expressão que acolhe, no fundo, a dimensão substantiva ou material do tradicional conceito de serviço público económico⁽⁴⁰⁾. Trata-se, pois, de considerar que determinadas actividades e serviços devem ser prestados, seja quem for que os preste, segundo um regime jurídico que assegure o acesso de todos os cidadãos a determinados serviços, em termos de exigências de qualidade e de quantidade predefinidas e em condições de igualdade.

Neste âmbito, o Estado tem o dever indeclinável de identificar os serviços a abranger pela *garantia pública*, para, de seguida, submeter os respectivos sectores a um regime específico.

3.2 – Garantia e protecção dos direitos dos utilizadores dos serviços essenciais

A garantia do fornecimento de serviços essenciais, referida no número anterior, constitui já uma dimensão da garantia e protecção dos direitos dos utilizadores. Apesar disso, justifica-se que se destaque esta vertente específica do Estado de Garantia.

Desde logo, para chamar a atenção de que ao Estado não cabe apenas garantir que certos serviços existam; deve, além disso, garantir o *acesso* dos cidadãos a esses mesmos serviços em condições de *universalidade*. Apesar de não se comprometer com a inscrição taxativa de um direito fundamental aos serviços de interesse económico geral, cabe deixar aqui uma referência à *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, que, no seu artigo 36.º – com a epígrafe “acesso a serviços de interesse económico geral” –, prescreve o seguinte: “a União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse económico geral tal como previsto nas legislações e práticas nacionais, de acordo com os Tratados, a fim de promover a coesão social e territorial da União” (redacção após as alterações de 2007⁽⁴¹⁾)⁽⁴²⁾. Embora, como se disse, não

⁴⁰ Sobre a sobrevivência de um conceito renovado de serviço público no novo contexto da economia regulada, cf. Carlo IANNELLO, *Poteri pubblici e servizi privatizzati – l'«idea» di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Turim, Giappichelli, 2005, *passim*; Giulio NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bolonha, Il Mulino, 2005, p. 17 e segs.; Elisa SCOTTI, *Il pubblico servizio – tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Milão, Giuffrè, 2003, em especial, p. 49 e segs..

⁴¹ A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi proclamada em 7 de Dezembro de 2000 (JOCE C 364/1, de 18/12/2000) e alterada em 12 de Dezembro de 2007 (JOCE C 303/1, de 14/12/2007).

⁴² No seu artigo 6.º, o *Tratado da União Europeia* (após o *Tratado de Lisboa*) atribui à *Carta* “o mesmo valor jurídico que os Tratados”.

reconheça um direito fundamental neste domínio, a *Carta* impõe que os Estados-Membros reconheçam, respeitem e promovam o acesso dos cidadãos aos serviços de interesse económico geral ⁽⁴³⁾.

Ainda neste âmbito, cumpre ter presente que a garantia pública dos direitos dos utilizadores permite compreender o sentido de uma importante alteração do quadro de compreensão clássico: em vez da *realização* de direitos a certas prestações no âmbito de uma *relação bipolar* ou *dual* com o cidadão (através de uma Administração Pública de fornecimento ou de prestações de serviços aos *utentes*), o Estado assume um dever institucional de *protecção* dos direitos de acesso a serviços essenciais, no contexto de uma *relação triangular*. Nesta relação, intervêm, além do Estado (com funções de regulação, controlo, garantia e protecção), entidades particulares e cidadãos titulares de direitos fundamentais, como clientes ou utilizadores de serviços, de um lado, e outras entidades particulares igualmente titulares de direitos fundamentais, como fornecedores e prestadores de serviço, do outro lado ⁽⁴⁴⁾.

Poderá, assim, afirmar-se que a passagem para o Estado de Garantia tem o efeito de aumentar as exigências de *protecção estadual dos direitos dos particulares*. De facto, num contexto em que a realização de necessidades essenciais dos indivíduos é confiada ao Mercado, o Estado assume esse especial dever de protecção – recorde-se, a propósito, que o Protocolo *Relativo aos Serviços de Interesse Geral*, junto ao *Tratado da União Europeia* (após o *Tratado de Lisboa*), enuncia como “valor comum” inerente ao regime desses serviços, a garantia de “*um elevado nível de qualidade, de segurança e de acessibilidade de preços, a igualdade de tratamento e a promoção do acesso universal e dos direitos dos utilizadores*”.

⁴³ Sobre a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* e, em especial, quanto ao direito de acesso dos cidadãos aos serviços de interesse geral, cf. A. L. YOUNG, “The Charter, Constitution and human rights: is this the beginning or the end for human rights protections by community law?”, *European Public Law*, 2005, p. 219 e segs.; M. MARESCA, “L’accesso ai servizi di interesse generale, deregolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli Users’ Rights”, *Il diritto dell’Unione Europea*, 2005, n.º 3, p. 441 e segs.; L. DANIELE, “Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e Trattato di Lisbona”, *Il diritto dell’Unione Europea*, 2008, n.º 4 p. 655 e segs..

⁴⁴ No direito português, existe um regime legislativo (Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, alterada pela Lei n.º 12/2008, de 26 de Fevereiro) que acolhe alguns mecanismos destinados a proteger o utente dos serviços *públicos* essenciais – a referência ao carácter *público* dos serviços não deve considerar-se decisiva no sentido de indicar que se trata de serviços públicos, apropriados pelo Estado; pode não ser esse o caso, e não é, por exemplo, quanto aos serviços de comunicações electrónicas. Assim, estão abrangidos por esse regime os seguintes serviços: *i*) fornecimento de água; *ii*) fornecimento de energia eléctrica; *iii*) fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados; *iv*) comunicações electrónicas; *v*) serviços postais; *vi*) recolha e tratamento de águas residuais; *vii*) gestão de resíduos sólidos urbanos. Os mecanismos de protecção dos direitos dos utilizadores consistem, além do mais, em atribuir-lhes direitos de participação, de informação e de obtenção de facturação detalhada, em definir condições especiais de suspensão do fornecimento dos serviços ou em proibir consumos mínimos.

A definição dos *standards* de qualidade e de segurança dos serviços prestados em contexto de Mercado, bem como a garantia do tratamento igualitário e da acessibilidade aos serviços (valores que se reconduzem, afinal, às clássicas “leis do serviço público”: *igualdade*, *continuidade* e *adaptação*) surgem assim como elementos essenciais da fisionomia do Estado de Garantia ⁽⁴⁵⁾. Em especial no que se refere à acessibilidade dos cidadãos a certos serviços essenciais, importa chamar a atenção para a intervenção dos Poderes Públicos na definição e fixação de preços (v.g., preços mínimos) ⁽⁴⁶⁾ ou na proibição de cobrança de valores a que não corresponde qualquer contrapartida (v.g., imposição de consumos mínimos).

Embora se afigure evidente, acrescente-se que a garantia e a protecção dos direitos dos utilizadores não constituem simples faculdades do Estado, que este pode ou não exercer. Pelo contrário, deverá entender-se que, num sistema equilibrado e credível de protecção estadual dos direitos fundamentais dos cidadãos, estes surgem como titulares de um *direito à protecção do Estado*. Porventura, fará sentido pensar-se mesmo na delineação de um *direito subjectivo à regulação pública* – um direito subjectivo com como esse faz imediatamente sentido como posição jurídica das empresas reguladas que, num dado sistema regulatório, pagam taxas e contribuições, as quais, em certos termos, se podem conceber, como contrapartidas da regulação ⁽⁴⁷⁾; mas, além disso, o direito subjectivo à regulação do Estado deve ainda reconhecer-se aos cidadãos em geral e, em particular, aos utilizadores de um determinado sistema regulatório: assim, além de poderem reivindicar a actuação reguladora, os utilizadores deverão ainda poder imputar o eventual funcionamento patológico de uma economia regulada, não só aos produtores directos do dano (as empresas reguladas), mas também, em segunda linha, ao Estado regulador, por “falhas na regulação” (*gaps in regulation*) ⁽⁴⁸⁾⁻⁽⁴⁹⁾.

⁴⁵ Um outro aspecto relevante neste ponto reside na participação dos utilizadores nos procedimentos de regulação; sobre isto, cf. Giovanna IACOVONE, *Regolazione, diritti e interessi nei pubblici servizi*, Bari, Cacucci Editore, 2004, em especial, p. 153 e segs..

⁴⁶ Sobre os vinculações públicas em matéria de fixação de preços, cf. Anna ARGENTATI, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Turim, Giappichelli, 2008, p. 391 e segs..

⁴⁷ Sobre o carácter paracomutativo das taxas de regulação económica, “que dão corpo a uma relação de troca entre a administração e grupos determinados de indivíduos”, cf. Sérgio VASQUES, “As taxas de regulação económica em Portugal: uma introdução”, in Sérgio VASQUES (coord.), *As taxas de Regulação Económica em Portugal*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 15 e segs. (32); Suzana Tavares da SILVA, *As Taxas e a Coerência do Sistema Tributário*, CEJUR, 2008, p. 48 e segs. (a respeito das contribuições especiais financeiras).

⁴⁸ Sobre as *government* ou *regulatory failures*, cf. Joseph Stiglitz, «Regulation and failure», in David MOSS & John CISTERMINO, *New perspectives on regulation*, Cambridge, The Tobin Project, 2009, p. 13 e segs..

Em determinados sectores, a protecção dos direitos dos utilizadores dos serviços impõe-se como um elemento cardinal do próprio conceito de funcionamento equilibrado do Mercado. Eis o que se passa, por exemplo, no sector dos mercados financeiros, em que a credibilidade do sistema e a confiança que os cidadãos nele depositam são factores cruciais para um quadro de funcionamento *normal* do Mercado. Ora, esse ambiente de credibilidade e de confiança surge *por causa* da garantia pública decorrente da acção reguladora do Estado e, em particular, pelo facto de esta acção se destinar a promover um esbatimento das assimetrias de informação que existem entre operadores de mercado e cidadãos investidores ⁽⁵⁰⁾. De facto, pode dizer-se que, em si mesma, a existência de mercados financeiros *regulados* pelo Estado, com informação disponível e acessível, estabelece um ambiente de *trust* e de equilíbrio que se afigura imprescindível nesse sector da economia. O Estado tem pois, neste caso e em outros semelhantes, o dever específico de desenvolver uma actividade de regulação (junto dos regulados), de modo, não só a prevenir a eventual produção de crises e efeitos nefastos para os direitos e o património dos utilizadores, como a viabilizar o funcionamento racional e equilibrado do Mercado; trata-se, no fim de contas, de compreender a regulação pública do Estado de Garantia como um elemento de prevenção de crises ⁽⁵¹⁾.

3.3 – Garantia, protecção e promoção da concorrência

⁴⁹ Na linha da admissibilidade de um *direito à actuação policial* [sobre este, *cf.* Miguel NOGUEIRA DE BRITO, “Direito Administrativo de Polícia”, in Paulo OTERO & Pedro GONÇALVES (coords.), *Tratado de Direito Administrativo*, I, Coimbra, Almedina, 2009, p. 298 e segs.] e, porventura, com contornos mais definidos do que esse, o *direito dos cidadãos à regulação pública* emerge como um corolário natural do sentido da própria actividade reguladora: induzir confiança no funcionamento correcto dos sistemas regulados. O sistematicamente incorrecto funcionamento de um sistema regulado não pode deixar de responsabilizar o regulador. O mesmo se diga dos casos em que se apura com clareza que as faltas do regulado são tão evidentes que não poderiam escapar a um regulador medianamente diligente. A solução contrária à que propomos, de desresponsabilizar as estruturas públicas reguladoras pelas “falhas da regulação”, teria o nefasto efeito de desacreditar o sistema e de não estimular a prevenção dessas mesmas falhas. Diga-se, por fim, que a defesa da tese da responsabilidade do Estado em caso de mau funcionamento do sistema regulado não significa propor que o Estado responda pela actuação dos particulares, no espaço privado, da Sociedade e do Mercado. Na nossa perspectiva, o que se pressupõe é que o Estado responda pelos prejuízos causados pelos comportamentos (activos e omissivos) que adopta no desempenho das suas próprias responsabilidades de regulação.

⁵⁰ Salientando este aspecto, a propósito da garantia da ordem pública financeira, *cf.* Juliette MÉADEL, *Les marchés financiers et l'ordre public*, Paris, LGDJ, 2007, p. 349 e segs.. Nos mercados financeiros, ao contrário do que se passa nos mercados de infra-estruturas, a garantia pública do funcionamento *equilibrado* do Mercado não passa tanto por assegurar uma igualdade de oportunidades para os operadores (por exemplo, através de regulações assimétricas, de discriminação positiva para os novos *entrantes*), mas fundamentalmente por assegurar o equilíbrio entre os operadores de mercado e os “consumidores”. Por isso, a defesa dos interesses destes assume aqui um relevo ainda mais central.

⁵¹ Sobre a regulação como prevenção das crises, *cf.* Jacques ZILLER, “La régulation comme prévention des crises”, in Marie-Anne FRISON-ROCHE (org.), *Les risques de régulation*, vol. 3, Paris, Dalloz, 2005, p. 51 e segs..

Uma outra importante e até nuclear dimensão dos fins do Estado de Garantia consiste na protecção e promoção do mercado e da concorrência. Alude-se, a este propósito, a um “enriquecimento do interesse público”, fenómeno que resulta de a defesa da economia de mercado ter passado a incluir o catálogo dos fins do Estado ⁽⁵²⁾ e, portanto, de a concorrência no Mercado ter passado a constituir um valor de interesse público. Também aqui, surge especialmente nítida a diferença entre o modelo clássico de *separação* entre Estado e Mercado e o novo modelo que assenta na *cooperação* entre esses dois pólos.

Mas, deve dizer-se, em vez de um processo de interacção natural entre os dois pólos, assiste-se, em larga medida, à *conformação do Mercado* pelo próprio Estado. Quer dizer, o Mercado que o Estado tem a incumbência de proteger e de promover não é, evidentemente, o Mercado na sua configuração espontânea, nem tão-pouco submetido ao mínimo regulador de um direito privado clássico, mas, em vez disso, o Mercado construído e configurado segundo exigências e *standards* publicamente impostos.

Uma das expressões dessa *conformação pública do Mercado* – alude-se até, em certos casos, a uma *construção do Mercado* (*market building*) pelo Estado ou à fabricação da concorrência como tarefa administrativa ⁽⁵³⁾ – pode ver-se, por exemplo, nos fenómenos de *regulação assimétrica* (regras de discriminação positiva, que favorecem os *new entrants* ou os operadores mais pequenos) e da regulação do acesso de terceiros a redes e a infra-estruturas essenciais. No caso das indústrias de rede, o “acesso de terceiras empresas à rede” assume, na verdade, um carácter decisivo – não resistimos neste ponto a voltar a citar uma frase de Ariño Ortiz, de 1991, sobre a liberalização das actividades de rede, que diz o seguinte: “a chave da abóbada, a cruz do sistema é e será o direito de acesso de terceiros à rede. Se este é recusado ou se desaparece, desaparece o mercado e a concorrência” ⁽⁵⁴⁾.

Escrita há quase duas décadas, a frase mantém plena actualidade, em relação às indústrias de rede, em que o elemento infra-estrutural se revela *essencial* como suporte das actividades liberalizadas. A regulação do *third party access* apresenta-se, assim, como uma dimensão fundamental no quadro da responsabilidade pública de garantia. Na falta de uma regulação cuidada e firme neste ponto, o processo de liberalização de

⁵² Cf. Guylain CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence (essai sur la perennité du droit public en économie de marché)*, Paris, Dalloz, 2006, *passim*.

⁵³ Cf. Christian KOENIG, “Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2009, p. 1082 e segs..

uma indústria de rede irá fatalmente claudicar. A garantia do *acesso não discriminatório* de terceiros representa, portanto, uma vertente indeclinável de uma *regulation for competition*, impondo-se como um instrumento natural e decisivo para garantir a ordem pública económica e o correcto funcionamento do mercado.

Como veremos melhor, um outro vector de promoção da concorrência surge por efeito da utilização do *direito da adjudicação*. Este ordenamento, que regula, segundo um princípio de “apelo ao mercado”, os procedimentos de adjudicação de contratos públicos e de outorga de recursos escassos, funciona como um instrumento fundamental de criação de uma “concorrência *para o mercado*”.

3.4 – Garantia de um equilíbrio eficiente e justo entre interesse público e interesses privados

Já se aludiu ao facto de o conceito de responsabilidade pública de garantia surgir associado a um objectivo de conjugar e de preservar as vantagens e as mais-valias das racionalidades próprias do sector público (Estado) e do sector privado (Sociedade Civil ou Mercado). Agora, importa assinalar, como finalidade central do Estado de Garantia, a definição de uma articulação coerente, eficiente e sinérgica entre os dois sectores, de modo a evitar qualquer espécie de desenvolvimento totalitário, quer no sentido de uma pan-publicização da vida civil, quer no sentido oposto, da captura ou da colonização do Estado e do sector público por interesses privados ⁽⁵⁵⁾.

Para evitar esses riscos, revela-se fundamental que a *estrutura de garantia* que o Estado coloca no terreno seja suficientemente robusta para afirmar a sua autoridade e para impor o cumprimento da lei. Mas essa mesma estrutura não deverá ter a pretensão de aniquilar as bases fundamentais de um Mercado ordenado segundo os princípios de uma economia livre, assente na liberdade contratual, na liberdade de empresa e na protecção da propriedade privada.

A prossecução cuidada e consciente desta finalidade mostra-se essencial em áreas da economia sujeitas a uma *regulação forte*, bem como nos variados esquemas de *colaboração público-privada*. Em ambos os cenários, a maior aproximação e o contacto efectivo entre sujeitos públicos e entidades particulares potencia o risco de desvios e de adopção de soluções desequilibradas e desproporcionais. Por isso, especialmente nestes

⁵⁴ *Apud* F.J. VILLAR ROJAS, *Las instalaciones esenciales para la competencia*, Granada, Comares, 2004, p. 205.

⁵⁵ VOSSKUHLE, “Cooperation...”, *cit.*, p. 211.

casos, impõe-se um empenho suplementar em se alcançar um equilíbrio eficiente e justo entre interesse público e interesses privados.

Em vista da realização deste objectivo, importa, aquando da adopção de soluções de regulação ou de colaboração público-privada, ter consciência de que não se afigura razoável nem sensato esperar-se uma actuação desinteressada dos particulares – ou uma espécie de actuação privada naturalmente vocacionada para a realização do interesse público. Sem se pôr em causa a possibilidade e a ocorrência efectiva deste fenómeno, o *normal* é que os particulares se orientem por critérios de interesse privado e egoísta. Como escrevemos numa outra oportunidade, só a Administração Pública, e não os particulares, se encontra institucionalmente adstrita à prossecução do interesse público. Ter isto presente, revela-se muito útil para se perceber que a (acima referida) mobilização de particulares para a realização de finalidades públicas, não significa, nem reclama que aqueles abandonem o objectivo da realização dos seus legítimos interesses próprios. Pois bem, é neste quadro que se situa o objectivo do Estado de Garantia de assegurar uma articulação *eficiente e justa* entre a realização do interesse público e os interesses privados.

3.5 – Garantia e credibilização de “soluções de mercado” promovidas pelo próprio Estado

O processo de reconfiguração das funções do Estado, que conduziu ao seu recuo e a uma maior responsabilização do Mercado e dos particulares, foi, em larga medida, o resultado de um movimento induzido e incentivado pelo próprio Estado no sentido da adopção de “soluções de mercado” em substituição de prestações públicas ⁽⁵⁶⁾. Eis o que se verificou, por exemplo, com o aparecimento de serviços privados de *certificação*, em domínios tão variados como a produção de alimentos biológicos, a segurança técnica de máquinas e de produtos industriais, a protecção do ambiente ou a qualidade. Em muitas hipóteses, esses novos serviços privados de certificação substituem anteriores sistemas públicos de fiscalização e de inspecção. Neste âmbito, a doutrina tem chamado a atenção para a passagem do Estado para uma posição de agente de *controlo de segunda linha* ou de *controlo do controlo* ⁽⁵⁷⁾. As (também) novas funções públicas de *acreditação*

⁵⁶ Sobre o fenómeno da auto-regulação privada desenvolvida por impulso estadual, pode ver-se, com desenvolvimento, o nosso *Entidades Privadas, cit.*, p. 176 e segs..

⁵⁷ *Ibidem*, p. 186.

e de *reconhecimento oficial* desses sistemas privados de certificação desempenham uma função essencial no contexto do Estado de Garantia.

Assim, na sequência da *renúncia estadual* ao desenvolvimento de actividades públicas de prestação directa aos cidadãos em áreas tão sensíveis e relevantes como a segurança técnica ou a protecção da saúde das pessoas, impôs-se o comprometimento do Estado com a credibilização das “soluções de mercado” que promoveu e determinou. Essa credibilização passa necessariamente por o Estado se colocar em situação de oferecer a garantia pública do correcto funcionamento dos novos serviços privados.

3.6 – Garantia e protecção de outros bens jurídicos

Além dos já referidos, cabe ainda ao Estado garantir e proteger valores de ordem mais geral, como a *segurança* (v.g., segurança técnica), a *saúde* e o *trabalho* ⁽⁵⁸⁾ – trata-se, afinal, de estender o dever estadual de protecção para domínios que ultrapassam os direitos dos concretos utilizadores de cada serviço ou actividade.

Nesse âmbito, ocupa um lugar central no elenco de responsabilidades do Estado de Garantia a protecção, em geral, dos direitos dos cidadãos enquanto consumidores. Não se trata apenas do desenvolvimento de uma política directa de tutela e protecção dos consumidores – no quadro de garantia da acessibilidade a bens e serviços –, mas igualmente da execução de uma lógica de intervenção autoritária, em que o Estado é chamado a “regular” o consumo e o processo de escolha dos consumidores (assumindo mesmo uma função que alguns consideram “paternal”). Aqui se incluem medidas de natureza muito variada, legitimadas por uma “administração reflexiva”, que actua para prevenir riscos, num contexto de gestão na incerteza ⁽⁵⁹⁾; tais medidas podem ir da proibição do consumo de um produto suspeito de ser perigoso, até à imposição ao produtor da revelação de uma informação exaustiva sobre os produtos que fabrica (*mandatory information disclosure*), passando por medidas de *soft law*, como advertências e recomendações, as quais, sem proibir ou impor, procuram influenciar as escolhas dos consumidores ⁽⁶⁰⁾.

⁵⁸ Cf. João Nuno Calvão da SILVA, *Ob. cit.*, p. 101 e segs..

⁵⁹ Cf. Antonio BARONE, *Il diritto del rischio*, Milão, Giuffrè, 2006, especial., p. 155 e segs.; sobre a regulação pública como ferramenta de gestão do risco, cf. Tom Baker & David Moss, «Government as the risk manager», in David MOSS & Jonh CISTERMINO, *New perspectives on regulation*, Cambridge, The Tobin Project, 2009, p.89 e segs..

⁶⁰ Cf. Filippo PIZZOLATO, *Autorità e consumo (diritti dei consumatori e regolazione del consumo)*, Milão, Giuffrè, 2009, pp. 1 e segs., e 77 e segs., sobre a tipologia das intervenções de regulação público do consumo; o Autor reconduz o papel do Estado no domínio do consumo a uma função de *regulação autoritária* (que, consoante o grau de incidência sobre a liberdade dos consumidores,

Por outro lado, no caso das designadas *indústrias de rede* (energias, transportes e telecomunicações), assume um especial significado a exigência de protecção do ambiente, do urbanismo e do ordenamento do território. Cabe ao Estado evitar que estes valores sejam postos em causa por uma eventual atitude menos responsável do Mercado e das suas forças.

Por fim, há uma outra dimensão das finalidades do Estado que aqui tem de se sublinhar: referimo-nos à exigência de considerar alguns “*future-looking aspects of the public interest*”; eis o que decorre do dever fundamental do Estado de proteger os interesses das gerações futuras, não permitindo que o bem-estar futuro seja posto em causa pelas conveniências de curto prazo ⁽⁶¹⁾. Esta orientação de bom senso, que se aplica à própria actuação do Estado, poderá ter implicações, por exemplo, no domínio do investimento em infra-estruturas (v.g., na actualização de redes) ou no da imposição de exigências de armazenamento (v.g., de recursos energéticos).

4 – Instrumentos jurídicos de realização do Estado de Garantia

No contexto da delineação de uma dogmática jurídica pensada em função dos traços caracterizadores e das finalidades do Estado de Garantia, a doutrina tem chamado a atenção para a exigência de se construir e desenvolver um *direito público de garantia* ⁽⁶²⁾ ou um *direito administrativo de garantia* ⁽⁶³⁾. Pretende-se agora conhecer os tópicos que permitem compreender este renovado sentido do direito administrativo, objectivo que nos remete para a análise dos instrumentos jurídicos que asseguram a realização do Estado de Garantia. Na nossa interpretação, e sem termos a pretensão de apresentar um catálogo exaustivo, esses instrumentos são, fundamentalmente, o *direito da regulação*, o *direito da adjudicação* e o *direito da colaboração público-privada*.

pode ser *neutra*, *promocional* ou *conformativa*) e não apenas a uma função de reconhecimento e tutela de direitos ao consumo.

Sobre as advertências e as recomendações como processos de agir administrativo, cf. Eduardo Rocha DIAS, *Direito à Saúde e Informação Administrativa (o caso das advertências relativas a produtos perigosos)*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, bem como, da nossa autoria, “Advertências da Administração Pública”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 723 e segs..

⁶¹ Neste sentido, cf. Carol W. LEWIS, “In pursuit of the public interest”, *Public Administration Review*, vol. 66, n.º 5 (2006), p. 694 e segs.; neste texto, retoma-se uma definição de interesse público (atribuída a Walter Lippmann) nos seguintes termos: “*the public interest may be presumed to be what ... (people) would choose if they saw clearly, thought rationally, acted disinterestedly and benevolently*”.

⁶² Cf. FRANZIUS, *Gewährleistung*, cit., p. 549 e segs..

⁶³ VOSSKUHLE, “Cooperation...”, cit., p. 209 e segs.; sobre o novo direito administrativo centrado no tópico da garantia, cf. ainda o nosso *Entidades Privadas*, cit., p. 1101 e segs..

4.1 – Direito da regulação

Como observa Friedrich Schoch, o direito administrativo de garantia revela-se, em primeira linha, como um *Regulierungsrecht*, um direito da regulação ⁽⁶⁴⁾. De facto, se tivermos presentes as várias dimensões e finalidades do Estado de Garantia, é linear o caminho que conduz a concluir que a regulação, entendida como um sistema de orientação, de acompanhamento e de controlo de processos económicos e sociais, surge como conceito central e verdadeiro elemento chave neste âmbito ⁽⁶⁵⁾. Numa formulação especialmente enfática, parece correcta a conclusão segundo a qual, “sem regulação, o Estado de Garantia não existe” ⁽⁶⁶⁾. Na linha de um sublinhado feito por Rivero Ortega, pode afirmar-se que, no novo paradigma de interacção entre Estado e Mercado – que, recorde-se, assenta num *modelo de regulação* –, a regulação pública, do Estado, viu-se convertida numa exigência jurídico-política (constitucional) ⁽⁶⁷⁾. A regulação e o direito da regulação surgem, pois, como esquemas de compensação do recuo do Estado, na sequência do processo de privatização e do abandono do fornecimento directo de serviços públicos ⁽⁶⁸⁾.

Como se sabe, a regulação exterioriza-se através de várias formas e socorre-se de múltiplos instrumentos, abrangendo, designadamente, o estabelecimento de regras gerais e abstractas (actos legislativos e regulamentos da Administração Pública reguladora), bem como actos próprios da função administrativa: decisões administrativas, contratos, operações materiais (v.g., de fiscalização e vigilância), actos informais (como advertências e recomendações) ⁽⁶⁹⁾.

No presente número pretendemos conhecer, embora de forma assumidamente panorâmica, os mecanismos ou formas de regulação utilizados pelo Estado para cumprir as suas funções e realizar os seus fins no âmbito da *responsabilidade pública de garantia*. Ora, com excepção das medidas, acima referenciadas, adoptadas no quadro da *responsabilidade pública subsidiária* e, em geral, na intervenção estadual directa no

⁶⁴ SCHOCH, *ob. cit.*, p. 245.

⁶⁵ *Idem, ibidem*.

⁶⁶ Neste sentido, cf. Matthias RUFFERT, “Begriff”, in Michael FEHLING & Matthias RUFFERT, *Regulierungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, p. 349.

⁶⁷ Cf. Ricardo RIVERO ORTEGA, *Derecho administrativo económico*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 23.

⁶⁸ Neste sentido e aludindo ao direito administrativo da regulação como um “direito consequente da privatização”, cf. Matthias KNAUFF, “Regulierungsverwaltungsrechtlicher Rechtsschutz” *VerwArch*, 2007, p. 382 e segs. (383).

⁶⁹ Para uma categorização dos instrumentos regulatórios (instrumentos de viabilização e de garantia da concorrência, instrumentos de garantia do fornecimento e instrumentos multifuncionais), cf.

Mercado, todas as outras que o Estado adopta se reconduzem, tendencialmente, ao conceito de regulação pública.

No desempenho da sua incumbência de regulação, um instrumento fundamental do Estado de Garantia consiste na edição de regras que vão moldar ou limitar a actuação dos agentes no Mercado. Neste contexto, podemos distinguir duas categorias de regras: por um lado, as *regras de base* ou *transversais*, que se aplicam indistintamente a todos os sectores da economia e portanto a todo o Mercado, e, por outro lado, as *regras de carácter sectorial*, pensadas em função dos particularismos de um determinado sector da economia.

i) Definição de um quadro regulatório de base ou transversal

Uma tarefa essencial do *Regulatory State* – que precede todas as outras e que de certo modo se pode considerar fundante – consiste no estabelecimento de *regras gerais* sobre o funcionamento das actividades que se processam no Mercado.

Aqui surgem, desde logo, regras de carácter legislativo ⁽⁷⁰⁾: com uma projecção económica (de *regulação económica*), essas regras pretendem assegurar e, mais do que isso, promover o funcionamento equilibrado e eficiente do mercado, garantindo, em suma, a “ordem pública do mercado” ⁽⁷¹⁾; com uma função social (de *regulação social*) procuram proteger e realizar outros valores (defesa dos direitos dos consumidores, dos trabalhadores, protecção do ambiente e qualidade de vida, etc.).

De um modo particular, destaca-se, neste âmbito a *legislação da concorrência*, que visa, não ainda *conformar* o Mercado, mas antes definir *limitações* e *proibições*, bem como servir de fundamento para *reprimir* abusos (*market abuses*) dos *players*. Pela sua natureza, trata-se de uma legislação de carácter *transversal*, aplicável a toda a economia e a todas as actividades económicas. Baseia-se numa filosofia de intervenção pública *ex post* – com função repressiva –, e funda-se, em grande medida, na *presunção* segundo a qual o Mercado, através dos *quadros jurídicos do direito privado*, se apresenta susceptível de alcançar um funcionamento equilibrado e eficiente. Assim se

Michael FEHLING, “Instrumente und Verfahren”, in Michael FEHLING & Matthias RUFFERT, *ob. cit.*, p. 1087 e segs..

⁷⁰ Ao contrário do que sucede com muitas orientações doutrinárias – *cf.*, por todos, Sílvia A. Frego LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Turim, Giappichelli, 1999, p. 135 e segs. –, incluímos no conceito de regulação as regras legislativas dirigidas à regulação da economia. No mesmo sentido, *cf.* Vital MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 34 e segs..

⁷¹ Neste sentido, *cf.* Domenico SICLARI, “Tutela dell'ordine pubblico del mercato affidata ai privati e sussidiarietà orizzontale *ex lege*”, *Diritto e società*, 2005, p. 253 e segs. (264).

explica que a intervenção pública ocorra *ex post*. A proibição geral de desvios e de abusos e a previsão da punição têm, por outro lado, o efeito de induzir aquele funcionamento equilibrado.

Além de regras legislativas, assumem também uma relevância particular, como instrumentos de *regulação normativa*, os regulamentos administrativos, quer dizer, as normas jurídicas provenientes de instâncias administrativas e que, como as leis, se destinam a orientar os comportamentos dos actores do Mercado.

ii) Definição de um quadro regulatório sectorial

Além da definição de regras transversais, aplicáveis a todas as actividades que se processam e desenvolvem no Mercado, o Estado (legislador) tem a responsabilidade de identificar, dentro do Mercado, as actividades económicas que justificam uma regulação suplementar e, portanto, um regime específico. Neste domínio, impõe-se uma tarefa cuidadosa de detecção de quais as actividades que, em concreto, reclamam uma atenção particular e, em especial, que exigem o estabelecimento de regras que operem de uma forma profilática, evitando ou prevenindo *distorções e falhas* no funcionamento do Mercado – integram-se aí as actividades correspondentes a *indústrias de rede*, que suscitam dificuldades específicas a respeito da instituição da “concorrência na rede” e, portanto, do acesso de terceiros ⁽⁷²⁾, bem como, tendencialmente, todas as actividades qualificadas como *serviços de interesse económico geral*.

Depois de delimitado o perímetro das actividades económicas que devem ficar submetidas a uma *regulação sectorial*, segue-se a tomada de decisões de carácter político-legislativo, desde logo sobre a *estratégia regulatória* ou, dito de outro modo, sobre a estrutura institucional de regulação. Neste plano, a primeira opção consiste em decidir se se adopta um modelo de “regulação por agência”, um modelo de “regulação por contrato” ou até um “modelo misto” – no primeiro caso, o Estado opta por instituir uma estrutura administrativa (ou atribuir a uma estrutura existente) as tarefas de regulação administrativa; no segundo caso, a opção concretiza-se em celebrar contratos com agentes de mercado e em definir, nesses contratos (de concessão de serviços e de obras públicas ou, em geral, parcerias público-privadas contratuais ou institucionais), uma regulação específica que eles devem observar; no terceiro caso, há uma conjugação

⁷² Neste âmbito, sobre as particularidades de um *direito das infra-estruturas* num contexto liberalizado, cf. Veith MEHDE, *Privatisierung des Rechtsstaats – Staatliche Infrastruktur*, Baden-Baden, 2009, em especial, p. 17 e segs..

entre a regulação por agência e a regulação por contrato (assim sucede em Portugal, no sector das águas e do saneamento)⁽⁷³⁾.

Tomada a decisão, quando esta se consubstancia na instituição de uma agência reguladora, impõe-se, em seguida, escolher o modelo de agência: fundamentalmente está em causa a exigência de optar por um organismo independente e desgovernamentalizado ou por uma instância integrada na hierarquia administrativa ou apenas sujeita a uma orientação e supervisão governamental. Quer dizer, o legislador tem a incumbência de escolher entre instituir uma estrutura desgovernamentalizada (imune às pressões do Governo) ou, pelo contrário, uma estrutura sob influência governamental. Em relação a este aspecto, e apesar de não se poder considerar taxativo, o direito da União Europeia revela uma inclinação clara no sentido das autoridades reguladoras independentes⁽⁷⁴⁾: como já tivemos oportunidade de afirmar noutro momento, compreende-se esta opção, coerente com a dinamização de um *federalismo administrativo* no interior da União Europeia, que resulta da atribuição à Comissão Europeia (ou, no futuro, a agências de execução) de uma *supremacia funcional* sobre autoridades administrativas nacionais⁽⁷⁵⁾; ora, a afirmação desta supremacia casa especialmente bem com uma autoridade administrativa nacional independente ou desgovernamentalizada.

Escolhido o figurino institucional, cabe ao legislador definir as regras sectoriais, numa perspectiva que deverá atender às exigências específicas de cada sector regulado. Assim, por exemplo, no sector financeiro, assume uma importância decisiva a confiança e a credibilidade do sistema – a garantia destes valores passa pela sujeição legal de actos e negócios privados a várias formas de controlo público prévio. Diferentemente, no sector das indústrias de rede, torna-se essencial instituir direitos de acesso de terceiros e regras sobre acordos entre operadores (v.g., no domínio da interconexão de redes). Ainda nestes sectores, impõe-se instituir ou permitir que venham a ser instituídas obrigações específicas sobre certos ou todos os operadores: são as *obrigações de serviço universal* e as *obrigações de serviço público*, que impõem a adopção de certas condutas e que podem ter uma relevância organizativa (v.g., obrigações de separação

⁷³ Sobre a *regulação pública através do contrato*, como uma alternativa entre outras estratégias de regulação, cf. José A. GÓMEZ-IBÁÑEZ, *Regulating infrastructure: monopoly, contracts and discretion*, Cambridge, Harvard University Press, 2006, p. 18 e segs.; já nos ocupámos do assunto, num texto sobre “Regulação administrativa e contrato”, a publicar nos Estudos em Homenagem ao Senhor Professor Doutor Sérvulo Correia.

⁷⁴ Com especial nitidez neste ponto, vejam-se, por ex., as soluções da Directiva 2009/72/CE, relativa ao mercado comum para o mercado interno da electricidade.

contabilística ou de adopção certas formas de controlo interno) ou uma projecção na actuação externa (v.g., obrigação de prestação de informações).

De facto, o que está aqui em causa é a exigência de a legislação configurar, com uma margem significativa de discricionariedade, os termos do exercício da *liberdade de iniciativa económica*, acomodando esta com o interesse público e os direitos dos cidadãos quanto ao acesso a serviços essenciais. Neste plano, em que o estabelecimento de regras legais já se pode qualificar como regulação, a legislação deve assumir preocupação social (de garantia da universalidade), no quadro de uma *regulação social*.

iii) Acompanhamento e fiscalização dos regulados; punição dos infractores

Relacionadas com a realização de objectivos do Estado de Garantia, surge, como dimensão fundamental da regulação, o acompanhamento e, sobretudo, a fiscalização das actividades reguladas, bem como a advertência e a punição dos infractores ⁽⁷⁶⁾. Após a definição da estratégia regulatória e da instituição da estrutura de regulação (contrato ou agência), cabe ao Estado montar e pôr em funcionamento essa estrutura. O *day-to-day* da regulação ficará confiado ao organismo com funções de regulação (pode tratar-se do contraente público ou de uma agência reguladora).

4.2 – Direito da adjudicação

Já acima aludimos ao direito da adjudicação como um instrumento fundamental de criação de uma “concorrência *para o* mercado”. A este propósito, a doutrina propõe a correspondência entre, por um lado, *direito da regulação e concorrência “no” mercado* e, por outro, entre *direito da adjudicação e concorrência “para o” mercado* ⁽⁷⁷⁾.

⁷⁵ Cf. o nosso “Direito Administrativo da Regulação”, *Regulação, cit.*, p. 32.

⁷⁶ Neste sentido, cf. WAECHTER, *ob. cit.*, p. 273 e segs.. Um objectivo importante neste domínio consiste na orientação de comportamentos dos regulados no sentido de prevenir infracções e abusos; sobre o papel das medidas públicas de advertência e de intimação, cf. Karine NYBORG/Kjetil TELLE, “The role of warnings in regulation: keeping control with less punishment”, *Journal of Public Economics*, 2004, p. 2801 e segs..

⁷⁷ Sobre a diferença entre estes conceitos, cf. FRANZIUS, *Gewährleistung... , cit.*, p. 413 e segs. (“Wettbewerb im Markt”) e p. 493 e segs. (“Wettbewerb um den Markt”). A *concorrência no mercado* efectiva-se através de um modelo de abertura do mercado à entrada mais ou menos livre de empresas que depois vão competir entre si; no cenário da *concorrência para o mercado*, a competição faz-se para entrar no mercado, o qual não pode funcionar como mercado aberto. No primeiro caso, o direito da regulação é determinante; no segundo, o carácter decisivo cabe ao direito da adjudicação. Neste sentido, cf. também Johannes MASING, “Regulierungsverantwortung und Erfüllungsverantwortung”, *Verwaltungsarchiv*, 2004, p. 151 e segs. (p. 156 e segs.). Ainda sobre esta nomenclatura, cf. FEHLING, *ob. cit.*, p. 1102 e segs.; Fabio GIGLIONI, *L’accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milão, Giuffrè, 2008, pp. 225 e segs. e 235 e segs.; Luca De LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Turim, Giappichelli, 2002, p. 275 e segs..

O *direito da adjudicação* constitui na verdade uma estrutura jurídica essencial na dinamização de um processo de interacção entre o Estado e o Mercado, inspirado numa lógica de fomento da concorrência e de soluções de mercado. Fala-se, neste contexto, da passagem de uma *Administração de prestação* para uma *Administração de adjudicação*, o que, no caso, significa a transição de um modelo de gestão pública directa para um outro, de privatização e de *contracting out* no âmbito da execução de tarefas públicas, em que ocorre uma devolução de funções públicas ou a obtenção da colaboração de particulares escolhidos por processos de selecção públicos e transparentes ⁽⁷⁸⁾.

Como se sabe, há sectores da economia em que a liberalização, pela via de uma abertura do mercado à livre iniciativa privada, não se apresenta possível. Assim sucede em sectores de monopólio natural, baseados em redes e infra-estruturas essenciais (v.g., distribuição de água, transporte de energias). Pois bem, o facto de não ser viável uma *concorrência no mercado*, com várias empresas a competir entre si na oferta de bens e serviços, não exclui uma outra forma de induzir concorrência e de adopção de estratégias de “apelo ao mercado”: eis o que sucede com o fomento de soluções concorrenciais no âmbito de “mercados públicos”, instituídos pelo Estado pela via do apelo à apresentação de propostas para adjudicação de contratos ⁽⁷⁹⁾. Neste caso, a concorrência ocorre antes do acesso ao mercado, traduzindo-se a competição entre as empresas exactamente numa disputa sobre o acesso ao mercado. No âmbito desta estratégia de *concorrência para o mercado*, promovida pelo Estado e associada à convocação de particulares para a realização de tarefas públicas (em esquemas de colaboração público-privada: *cf. infra*), o direito da adjudicação ocupa um papel decisivo, na definição de critérios justos de escolha e de selecção das entidades adjudicatárias. Enquanto instrumento do Estado (de Garantia) num processo de interacção com o Mercado, o direito da adjudicação cumpre objectivos centrais (embora por vezes em conflito entre si), quer na tutela dos valores do mercado (defesa da concorrência, igualdade de *chances*), quer na tutela do interesse público e de valores da transparência e da imparcialidade ⁽⁸⁰⁾.

⁷⁸ Sobre este tópico, *cf.* Martin Burgi, “Die Ausschreibungsverwaltung”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2003, p. 949 e segs..

⁷⁹ *Cf.* MASING, *ibidem*, observando que, no sector da água, o facto de a liberalização completa estar fora de discussão não exclui a possibilidade de adopção de soluções de carácter liberalizante ou, pelo menos, de incentivo à concorrência e ao mercado.

⁸⁰ Para uma visão compreensiva sobre os objectivos do direito da adjudicação de contratos públicos, *cf.* Steven L. Schooner, “Objectives for a system of government contract law”, *Public Procurement Law Review*, 2002, p. 103 e segs.; em particular, sobre o dilema e a tensão conflitual entre os vários objectivos do direito da adjudicação, *cf.* Omer DECKEL, “The legal theory of competitive bidding for government contracts”, *Public Contract Law Journal*, vol. 37, 2008, n.º 2, p. 237 e segs; sobre

O direito da adjudicação não cumpre uma função essencial apenas no domínio dos contratos de compras públicas; papel de idêntica natureza desempenha ainda sempre que esteja envolvida a atribuição a particulares de direitos exclusivos ou de direitos sobre recursos escassos, designadamente em situações de *contingentação* imposta pela escassez de recursos a explorar ou por razões de natureza técnica (v.g., atribuição de direitos de frequências radioeléctricas ou de gestão de recursos minerais; número limitado de autorizações disponíveis⁽⁸¹⁾ ⁽⁸²⁾).

Em todas as suas aplicações, no âmbito da contratação pública ou fora dele, o direito da adjudicação, com os seus postulados e exigências de apelo ao Mercado e de respeito pelo princípio da igualdade de oportunidades, apresenta-se como uma dimensão ou concretização fundamental do direito administrativo de garantia⁽⁸³⁾.

4.3 – Colaboração público-privada

Eventualmente até mais do que como um instrumento ao serviço da realização dos fins do Estado de Garantia, a colaboração público-privada pode conceber-se como um meio de configurar e de implementar a própria ideia de Estado de Garantia. Trata-se, na verdade, de um instrumento que desenvolve a lógica da responsabilidade da garantia em relação a actividades e serviços que se mantêm na esfera estadual.

Com efeito, através de certas modalidades de colaboração público-privada, pode ocorrer a redução ou conversão de uma originária responsabilidade pública de execução numa responsabilidade pública de grau intermédio, centrada na garantia e não na prestação directa; assim sucede quando, em relação a actividades (por ex., correspondentes a *monopólios naturais*) juridicamente qualificadas como de *serviço público* ou a infra-estruturas públicas e assumidas na titularidade do Estado, este venha a atribuir concessões a entidades particulares. Nesta hipótese, o contrato de concessão (ou contrato de *parceria público-privada*) transforma a responsabilidade pública inicialmente executiva (assente na titularidade de uma actividade de serviço público e

esta mesma questão, Marco D'ALBERTI, "Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici", *Diritto Amministrativo*, 2008, n.º 2, p. 297 e segs..

⁸¹ Veja-se, por exemplo, o artigo 12.º da Directiva 2006/123/CE, relativo aos serviços no mercado interno: prevendo a hipótese de uma limitação (legítima) do número de autorizações disponíveis para uma actividade de prestação de serviços, a norma impõe a adopção de um *procedimento de selecção* entre os potenciais candidatos, que dê todas as garantias de imparcialidade e de transparência.

⁸² Sobre a interacção entre Estado e Mercado quando esteja em causa a gestão de recursos escassos, cf. Mario MARTINI, *Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.

⁸³ Cf. FRANZIUS, *Gewährleistung*, cit., p. 503 e segs..

na incumbência de a gerir) numa responsabilidade de garantir ou de assegurar que o concessionário privado explora essa mesma actividade, segundo certas regras (dispostas na lei e no contrato). A colaboração provoca, portanto, um fenómeno de partilha de responsabilidades, confiando ao parceiro privado a execução e mantendo no parceiro público a fiscalização e a garantia de funcionamento do modelo ⁽⁸⁴⁾.

Por força da concessão, o Estado exonera-se do fornecimento directo de serviços e assume uma situação institucional mais recuada, uma “posição de garante”.

O modelo de colaboração público-privada, através das várias modalidades de parceria (v.g., contratual ou institucionalizada), põe em marcha um processo sinérgico, que cumpre a função de aproveitar e, mais do que isso, de canalizar os recursos e as capacidades privadas para a realização de atribuições públicas. Nas áreas em que tem conhecido uma maior aplicação, como sucede com a construção de infra-estruturas, a colaboração público-privada serve o objectivo fundamental de mobilizar o investimento privado, articulado, ou não, com investimento público ⁽⁸⁵⁾⁻⁽⁸⁶⁾; mas não se pode esquecer que a colaboração público-privada também serve o interesse na activação do potencial de inovação e de eficiência gestonária que o sector privado pode aportar à gestão de infra-estruturas e de serviços públicos ⁽⁸⁷⁾.

O desenvolvimento dos expedientes de colaboração público-privada associa-se, em grande medida, ao crescimento da importância do contrato na vida administrativa e ao fenómeno que tem sido designado da *administração pública por contrato* ⁽⁸⁸⁾. De facto, o contrato público administrativo, enquanto processo de regulamentação de

⁸⁴ Neste sentido, cf. Jan ZIEKOW, “Public-Private Partnership als zukünftige Form der Finanzierung und Erfüllung öffentlicher Aufgaben?”, in Hermann HILL (org.), *Die Zukunft des öffentlichen Sektors*, Baden-Baden, Nomos, 2006, p. 49 e segs. (p. 52).

⁸⁵ Veja-se, a propósito, a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, intitulada *Mobilizar o investimento privado e público com vista ao relançamento da economia e à mudança estrutural a longo prazo: desenvolver parcerias público-privadas* – Bruxelas, 19/11/2009, COM(2009) 615 final.

⁸⁶ Cf. Georg HERMES & Jens MICHEL, “Die Nutzung privaten Innovationspotentials bei privatfinanzierten öffentlichen Projekten”, *Die Verwaltung*, 2005, n.º 2, p. 177 e segs..

⁸⁷ De resto, a doutrina distingue dois tipos de abordagem na implementação de parcerias público-privadas: um *finance-based approach* e um *service-based approach* – o primeiro dá preponderância à mobilização dos capitais privados para o financiamento da construção de infra-estruturas públicas e assegura o retorno do investimento através dos preços que o parceiro privado é autorizado a cobrar aos utilizadores; o segundo destaca a mobilização da inovação, da capacidade de gestão e, em geral, aos *skills* do parceiro privado e assegura o retorno do investimento que este suporta através de pagamentos a efectuar pelo parceiro público; neste sentido, cf. David W. GAFFEY, “Outsourcing infrastructure: expanding the use of public-private partnerships in the United States”, *Public Contract Law Journal*, vol. 39, n.º 2, 2010, p. 353.

⁸⁸ Sobre este tópico, cf. FREEMAN & MINOW, *ob. cit.*, *passim*; Phillip J. Cooper, *Governing by contract*, Washington, D.C., CQ Press, 2003; Jean-Pierre GAUDIN, *Gouverner par contrat*, Paris, Presses de Sciences Po, 2007

relações de colaboração entre a Administração Pública e entidades particulares surge, também ele, como um instrumento de grande significado e relevância na construção do Estado de Garantia e, em especial, na dinamização de uma Administração de Garantia – no caso, de uma Administração que tem a incumbência, por um lado, de assegurar a celebração de contratos que acautelem e respondam às exigências de interesse público e, por outro, de *regular* actuação do co-contratante, assegurando que este cumpre pontualmente as obrigações assumidas.
