



Revista Digital de Direito Administrativo

Faculdade de Direito de Ribeirão Preto

Universidade de São Paulo

Seção: Artigos Científicos

O Estado regulador e garantidor em tempos de crise e o direito administrativo da regulação

The State as regulator and guarantor in times of crisis and the Administrative Law of Regulation

Paulo Augusto de Oliveira

Resumo: O estudo tem por objetivo analisar o atual intervencionismo estatal na ordem econômica, sobretudo após a crise econômico-financeira, iniciada em 2008 e de consequências universais. Busca-se, primeiramente, a compreensão das bases e finalidades do Estado Regulador e Garantidor dos Serviços Públicos. Em sequência, a identificação de mecanismos e instrumentos do direito administrativo da regulação que tenham o condão de possibilitar o aperfeiçoamento e a concretização desse modelo estatal e, com isso, a concretização do interesse público.

Palavras-chave: Estado; Administração Pública; direito administrativo; regulação.

Abstract: The study objective is the analysis of the current State interventionism in the economic order, especially on the period following the 2008 global crisis, which had major repercussions. The present article seeks, firstly, the comprehension of the foundations and purposes of the State as Regulator and Guarantor of Public Services. Secondly, this study will focus on the identification of instruments and mechanisms of regulation inside the scope of Administrative Law that possess the ability to perfect and materialize this model of State-behavior, thus materializing public interest.

Keywords: State; Public Administration; administrative Law; regulation.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3n1p163-183>

Artigo submetido em: setembro de 2015

Aprovado em: outubro de 2015

O ESTADO REGULADOR E GARANTIDOR EM TEMPOS DE CRISE E O DIREITO ADMINISTRATIVO DA REGULAÇÃO

*Paulo Augusto de OLIVEIRA**

Sumário: 1. Introdução; 2. O Estado Regulador e Garantidor; 2.1. O surgimento do Estado Regulador e Garantidor; 2.2. O Estado Regulador dos serviços públicos; 2.3. O Estado Garantidor dos serviços públicos; 2.4. Finalidades do Estado Regulador e Garantidor dos serviços públicos; 2.5. As Agências Reguladoras Independentes; 3. O Estado Regulador e Garantidor em tempos de crise e o Direito Administrativo da Regulação; 3.1. A crise econômico-financeira dos últimos anos e seus reflexos na atuação do Estado; 3.2. A crise econômico-financeira versus o direito administrativo da regulação (Regulierungsverwaltungsrecht); 3.3. Os desafios do direito administrativo da regulação (Regulierungsverwaltungsrecht) e a concretização do Estado Regulador e Garantidor em tempos de crise; 4. Considerações finais; 5. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O Estado vem, na atualidade, abdicando à função de prestador direto dos serviços públicos para assumir a função de regulador de tais atividades. Todavia, não o faz com o abandono do interesse público, assume, concomitantemente, a responsabilidade de garantia dessas prestações. Tem-se o Estado Regulador e Garantidor dos serviços públicos.

Contudo, após a instauração da crise econômico-financeira de consequências universais, iniciada em 2008, vem se questionando o verdadeiro papel do Estado, tanto na sua vertente reguladora quanto na sua dimensão garantidora.

Naturalmente que a crise impactou na atuação do Estado Regulador e de Garantia, no seu dever de regular, no desempenho da regulação pública, no direito administrativo, notadamente o direito administrativo da regulação, e na reconfiguração das responsabilidades públicas. O modo da concretização do interesse público sofre, hodiernamente, uma sensível modificação.

Nesse diapasão, os problemas dessa nova realidade fática dão ensejo e servirão de supedâneo para o desenvolvimento do presente estudo, “O Estado Regulador e Garantidor em tempos de crise e o Direito Administrativo da Regulação”, que se dividirá em duas partes.

Primeiramente, a compreensão, de um modo descritivo, do Estado Regulador e de Garantia, a regulação pública como dever do Estado e como instrumento de concretização do Estado de garantia.

Em sequência, uma análise mais pormenorizada, e agora, mais crítica, de mecanismos e instrumentos do direito administrativo da regulação que tenham o condão de possibilitar o aperfeiçoamento e a concretização do Estado Regulador e de Garantia em tempos de crise.

**Professor, advogado e consultor jurídico na área de Direito Público. Doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - FDUC. Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - FDUC (2009) - revalidação pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2008). Especialista em Direito Internacional e Econômico pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2007). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2006).*

2. O Estado Regulador e Garantidor

2.1. O surgimento do Estado Regulador e Garantidor

O último quartel do século XX dá início a uma reorganização das tarefas públicas, uma verdadeira reestruturação na forma de intervenção estatal no domínio econômico, uma reordenação dos papéis do Estado e da Sociedade.¹ O Estado, até então executor dos serviços públicos, passa a exercer, primordialmente, a função de regulador da economia, encarregando-se pelo bom funcionamento do mercado, bem como, pela correção das suas falhas.²

O Estado Regulador e Garantidor surge, assim, como um modelo estatal intermediário, alternativo aos dois modelos anteriormente vivenciados – Liberal (*Minimalstaat*) e Social (*Maximalstaat*).³ Uma espécie de “terceira via”, em que não atua, via de regra, diretamente na atividade econômica, mas também não se abstém por total desse cenário. Porta-se, assim, como garantidor de certos fins de interesse público.⁴

Nesse mister, reduziu seu papel no exercício direto da atividade econômica (*rolling back*), o que seu, sobretudo, por intermédio da liberalização dos setores anteriormente sujeitos aos regimes de monopólios, das privatizações de empresas públicas, do fortalecimento dos poderes regulatórios (*privatization brings regulation*)⁵ e do fomento da concorrência.

Esse novo modelo de comportamento estatal⁶ não representa a retirada, abdicação ou renúncia do Estado a toda e qualquer forma de compromisso em face das novas atividades correspondentes aos serviços públicos econômicos. Essas,

“por força do processo de privatização material que foram objeto, são agora atividades privadas, exercidas segundo a lógica do mercado. Mas essa lógica de mercado é temperada pela presença do Estado, do qual se reclama a definição da disciplina que rege a atuação dos agentes do mercado, a supervisão e a fiscalização do cumprimento do que nessas regras se estabelece e se exige que garanta a realização, pelo mercado, de certos fins sociais, para esse efeito cabe-lhe estabelecer uma regulação social” (GONÇALVES; MARTINS, 2004, p. 182).

Hodiernamente, então, o Estado passa a exercer essencialmente a função de regulador dos serviços públicos, conciliando o mercado com as necessidades sociais. Além disso, assume uma posição de garante das tarefas e dos interesses públicos.⁷ Uma “responsabilidade de regular, de definir regras de conduta e

¹Nesse sentido: Karl Heins Ladeur (2006, p. 388 e seguintes).

²No mesmo modo: Tinne Heremans (2012, p. 24 e seguintes).

³O Estado regulador surge em resposta ao fracasso tanto do pensamento liberal (Estado Liberal) quanto intervencionista (Estado Social). A combinação das “falhas do Estado” com as “falhas do mercado” constitui, sem hesitação, ou espaço para dúvidas, o fundamento racional da intervenção reguladora.

⁴Assim, identifica-se, que “nas últimas décadas do século XX, sob uma onda liberal de reação contra o *overload* do Estado Social Administrativo, iniciou-se um movimento de ‘inversão de rota’, no sentido de uma ‘contração quantitativa’ da intervenção pública. A realização desse objetivo reclamava uma reordenação do sistema de distribuição de papéis entre o Estado e Sociedade: na imagem de um pêndulo que se movimenta entre os pólos do público e do privado, introduzia-se uma oscilação em favor do espaço privado, da sociedade e do mercado” (GONÇALVES, 2006, p. 535).

⁵Nesse sentido: Riviero Ortega (2000, p.190 e seguintes).

⁶O Estado regulador surge em resposta ao fracasso tanto do pensamento liberal (Estado Liberal) quanto intervencionista (Estado Social). A combinação das “falhas do Estado” com as “falhas do mercado” constitui, sem hesitação, ou espaço para dúvidas, o fundamento racional da intervenção reguladora.

⁷Dentre os termos encontrados na doutrina para caracterizar o atual modo de atuação do Estado no âmbito econômico, cada qual com suas peculiaridades, pode-se citar: Estado de Direção (VOSSKUHLE/2007, p. 2115), Estado de Pilotagem (GARCIA/2009, p. 25 e seguintes), Estado Incentivador do Mercado (SCHMIDT-ASSMANN, 2006, p. 129 e seguintes),

de impor a respectiva aplicação aos operadores econômicos que oferecem bens no mercado e prestam serviços, serviços de interesse geral, eleva a regulação pública à condição de principal instrumento de ação do Estado Administrativo de Garantia”.⁸

2.2. O Estado Regulador dos serviços públicos

Com efeito, tanto a privatização quanto a liberalização dos serviços públicos “tradicionais”, os chamados serviços de interesse econômico gerais – na terminologia europeia, acarretaram uma importante mudança no papel do Estado. O Poder Público passa de prestador direto dos serviços públicos para o desempenho da função de regulador destas atividades. O Estado Regulador⁹ dos serviços públicos.

Sendo assim, ante um mercado aberto e concorrencial, o novo papel que cabe ao Estado é o de estabelecer uma regulação¹⁰ econômica e social,¹¹ a qual deverá assegurar a continuidade e disponibilidade, em termos efetivos, dos serviços públicos essenciais à universalidade dos utentes-consumidores. Uma regulação adequada, que vise a eficiência dos mercados, o fomento da concorrência e a garantia do cumprimento das obrigações de serviço universal.

Como assinala Pedro Gonçalves (2006, p. 538):

“a regulação representa, na verdade, a pedra de toque do novo modelo de intervenção pública na economia e nos mercados, surgindo como instrumento por excelência de efetivação da responsabilidade de garantia. Em grande medida, é por via da regulação que hoje se realiza o dever estadual de garantir ou assegurar a realização do interesse público e de proteção ou até de realização dos direitos dos cidadãos”.¹²

Diante desse contexto, tem-se um aproveitamento, mobilização¹³, ativação¹⁴ e autorregulação (publicamente regulada)¹⁵ dos privados, bem assim da capacidade dos seus atores para a realização de objetivos e fins públicos, uma espécie de privatização de tarefas/responsabilidades públicas.

Estado Orientador de Comportamentos (KNAUFF, 2004, p. 59), Estado Orientador, Incentivador e Garantidor (SILVA, 2008).

⁸Com esse pensamento: Pedro Gonçalves (2013, p. 2)

⁹Sobre o assunto, dentre outros doutrinadores: Vital Moreira (1997, p. 167 e seguintes); Pedro Gonçalves (1999, p. 07 e seguintes); Paulo Otero (2003, p. 298 e seguintes); Antônio La Spina e Giandomenico Majone (2000).

¹⁰“Regulação que, nessa modalidade, há de ser empenhada na criação de um modelo afeiçoado ao arquétipo da concorrência perfeita. Contudo, há que articular este princípio com outras necessidades e exigências – sobretudo a utilidade social proporcionada pelos serviços, uma vez que a sua prestação conforme o puro jogo das regras de mercado e da livre concorrência poderia ser insuficiente para a adequada satisfação das necessidades coletivas” (GONÇALVES; MARTINS, 2004, p. 302).

¹¹Como alude Vital Moreira (2003, p. 243): “O Estado deixou em grande parte de ser o prestador dos serviços públicos, como outrora. A despublicização é um dos traços da nova concepção dos serviços de interesse econômico geral, na perspectiva europeia. Todavia, o Estado não passou a ser indiferente aos serviços públicos. Pelo contrário. Cabe-lhe essencialmente três funções: a) legislador, que determina os setores sujeitos a obrigações de serviço público e que define estas (salvo quando definidas diretamente pelas instituições da União Europeia; b) regulador, que fiscaliza o cumprimento das obrigações de serviço público por parte das empresas a elas sujeitas e pune as respectivas infrações; c) eventualmente financiador das obrigações de serviço público”.

¹²No entendimento de Karl-Heins Ladeur (2013, p. 69) “O Estado Garantidor” seria uma espécie de alternativa do “Estado Regulador”.

¹³Martin Burgi (2003, p. 164 e seguintes).

¹⁴Para um maior aprofundamento do tema vide, dentre outros doutrinadores: F. Ossenbuhl (1971, p. 148 e ss.); Andreas Vosskuhle (2000, p. 746); Friedrich Schoch (2008, p. 242); Andreas Vosskuhle (2003, p. 331 e ss.)

¹⁵Nesse sentido, M. Eifert (2006, p. 1237 e seguintes) e Rainer Schroder (2007, p. 162).

Nesse sentido, entende-se, atualmente, que a mudança de compreensão das funções e papéis do Estado reside no fato de uma tarefa erguida à missão pública, da Administração Pública, não ser obrigatoriamente seguida, de forma direta, pela Administração.¹⁶ Tem-se, agora, o reforço, ou melhor, o protagonismo dos particulares na prossecução dos interesses públicos.¹⁷

Nesse diapasão, assume o Estado a responsabilidade pelo bom desempenho da atividade regulatória. Afinal:

“partindo-se do pressuposto realista de que o mercado não consegue ou não pode só por si garantir ao conjunto dos cidadãos a prestação dos serviços indispensáveis aos mais diversos níveis sociais e a custos rentáveis do ponto de vista comercial ou econômico, impõe-se a necessidade de encontrar uma nova fórmula que permita conciliar ou conjugar a consecução daquele fim, que é o objetivo típico do clássico serviço público de titularidade da Administração, com o desenvolvimento das atividades pela livre iniciativa privada num contexto de mercado concorrencial entre os operadores. Esta circunstância, de algum modo conatural ao mercado, pode exigir do Estado um outro nível ou grau de atuação, concretizado na emissão e imposição de determinações, orientações e obrigações, acompanhando amiúde o seu cumprimento pelos operadores. Ou seja, emerge do processo de liberalização uma responsabilidade pública de regulação do mercado. (GONÇALVES; MARTINS, 2004, P. 300)”¹⁸⁻¹⁹

¹⁶Conforme Gomes Canotilho (2001, p. 717) *“o exercício de tarefas públicas por privados não significará sempre uma verdadeira retirada do Estado, mas tão somente a escolha de uma forma outra da prossecução de tarefas públicas. O Estado permanece responsável, mas a tarefa pode ser prosseguida e executada com mais efetividade, eficiência e economicidade se adotarem novos padrões de organização. Estas sugestões encontram pleno acolhimento não apenas no processo de administração, mas também nas formas de cooperação-coordenação dos particulares com a administração”*

¹⁷Deve-se ressaltar, todavia, que a delegação aos particulares de tarefas públicas e das suas execuções, não pretendeu, bem como, se quer levará ao encerramento das finalidades inerentes do tradicional serviço público, a satisfação das necessidades coletivas. Pretende-se que esses objetivos sejam alcançados, todavia, agora, por intermédio dos privados, dentro de uma economia concorrencial de mercado. Nesse sentido: Andreas Vosskuhle (2003, p. 131 e seguintes) e Friedrich Schoch, (2008, p. 142).

¹⁸Nesse diapasão, Vilar Rojas (2001, p. 215) assim expõe: *“En efecto, pasar de una situación de planificación pública y monopolio legal, de falta de mercado, a otra de libre competencia y libre elección del usuario, es complejo; mucho más si se pretende asegurar el acceso de todos a unos servicios básicos y fomentar la competencia permitiendo el acceso de nuevos operadores. La razón no es que el mercado deba de ser ‘creado’ por el legislador. El mercado existe. La ruptura del monopolio legal y el reconocimiento del la libre iniciativa empresarial es suficiente. Del la norma pública de ordenación del servicio se pasaría a las normas civiles que ordenan los mercados. El mercado no es la ley de la selva (en la selva no hay mercado). Por el contrario, es el resultado del juego de los derechos de propiedad, contratación, libre autonomía de la voluntad, sin los cuales aquél no existe. Del la decisión pública sobre cómo se prestan los servicios, en qué condiciones del la calidad, quiénes pueden acceder a ellos, cómo se financian, se pasaría al juego del derecho privado: el mercado es regulación. Cuestión diferente es si ese conjunto de normas es suficiente para asegurar el servicio universal, el acceso de nuevos operadores, las obligaciones del servicio público, y para limitar la actuación del operador dominante, el que fuera empresa pública. Es para ordenar estos intereses donde se hace necesaria la regulación tras la privatización, pero la regulación administrativa. del la privatización resulta una mejor definición del estatuto jurídico de los servicios públicos: sus prestaciones, las potestades de las agencias reguladoras, los derechos y garantías de los usuarios. Un marco jurídico del que no forman parte ni el monopolio estatal, ni la planificación vinculante. En resumen, la privatización evidencia que el servicio público no se puede vender y que su funcionamiento precisa de una nueva regulación”*.

¹⁹Como aponta Dulce Lopes (2003, p. 161) *“apesar do atual modelo estadual se distanciar cada vez mais do típico Estado de bem-estar, isso não implica que este se desonere do cumprimento das funções econômicas e sociais que lhe estão, quantas vezes, constitucionalmente cometidas. Sucede, porém, que as incumbências públicas passam agora a ser exercidas por formas diversas, dentre as quais se destaca a atuação da regulação.”*

No entanto, neste mister o Estado pode, ou por vezes se vê obrigado, direta ou indiretamente (responsabilidade residual/subsidiária²⁰) a intervir no funcionamento do mercado, corrigindo-o, no intuito de alcançar os objetivos/interesses públicos.²¹

Ao Estado, portanto, é defeso se comportar de maneira imparcial ou descompromissada, este deve atuar, por vezes, como uma espécie de player e não somente como *market referee*, de modo a atender o interesse público em jogo.²²

2.3. O Estado Garantidor dos serviços públicos

Associado a todo esse complexo processo de reconfiguração das missões e da posição do Estado, está a delimitação do patamar em que se encontra a responsabilidade pela execução das tarefas públicas. Hoje, verifica-se, no contexto do “*after privatization*”²³ uma configuração intermédia da responsabilização estatal no tocante a execução dos grandes serviços públicos.

O Estado assume, concomitantemente à função de regulador, um papel de garantidor das tarefas públicas. O Estado de Garantia.²⁴

Tem-se, com isso, hodiernamente, a substituição da responsabilidade de execução “*Erfüllungsverantwortung*” pela responsabilidade de garantia da prestação “*Gewährleistungsverantwortung*”.

Efetivamente, o processo de privatização e de liberalização não significou uma ruptura abrupta com o anterior sistema de serviços públicos.²⁵ A ideia essencial continua presente: as necessidades básicas / essenciais dos cidadãos devem continuar a ser garantidas. E esse dever é público.²⁶ Todavia, as tarefas e incumbências de caráter executivo e operacional migram para a esfera do mercado e das empresas, ocupando-se o Estado, hodiernamente, da função de assegurar ou de garantir que o funcionamento do

²⁰Trata-se “de uma responsabilidade pública em estado latente, que pode concretizar-se numa espécie de ‘opção de resgate’ ou de ‘reversão’ da tarefa envolvida 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” (GONÇALVES, p. 2013:58).

²¹Nesse sentido Jonah de Levy (2006, p. 367 e seguintes).

²²Não está aqui se falando em um “*Estado Baby-sitter*” que fica no aguardo dos atores privados para resolver seus problemas (Mark Martinez, 2009, p. 244) ou, então, em uma visão mais crítica em relação a esse modo de atuação, a expressão de David Boaz (2008) “*Nany State*”.

²³Como assinala Pedro Gonçalves (2008, p. 159): “a privatização material estendeu-se, pois, para zonas claramente abrangidas por um ‘dever estadual de garantia’: com esta fórmula, pretende-se representar o dever ou a incumbência constitucionalmente imposta ao Estado de ‘garantir’ ou ‘assegurar’ a realização de certos fins (defesa dos direitos dos cidadãos, promoção do bem-estar, segurança, fornecimentos de serviços essenciais). O juízo segundo o qual o dever estadual de garantia não reclama, em todos os casos, uma responsabilidade do Estado no plano executivo só se tornou plausível após se concluir que, no ‘after privatization’, o Estado ficaria em condições de continuar a assumir a sua indeclinável responsabilidade jurídico-constitucional pela realização dos fins e dos interesses protegidos pela garantia.”

²⁴Sobre o tema, dentre outros autores: Franz Jurgen Sacker (2005, p. 280 e seguintes), Karl Heins Ladeur (2006, p. 340 e seguintes); Claudio Franzius (2003, p. 243 e seguintes); Rainer Schroder (2007, p. 160 e seguintes).

²⁵Assim sendo, como escreve Pedro Gonçalves (2008, p. 160), “na medida em que a privatização material se expandiu para áreas abrangidas pela garantia social e correspondeu, portanto, a uma externalização de fins estaduais, os atores privados viram-se investidos de um papel decisivo (executivo) na concretização de interesses, na produção de bens e na realização de finalidades e objetivos que o Estado tem o dever constitucional de garantir. É, neste sentido, exato reconhecer que a privatização material se apresentou também como uma estratégia de partilha de responsabilidades entre o Estado e os atores privados. Trata-se de uma partilha ou divisão do trabalho que confia aos atores privados novas tarefas de responsabilidades (privadas) e coloca o Estado numa posição de garante “*Garantenstellung*”, investido de novas incumbências de regulação pública”.

²⁶“En un análisis jurídico-público, la principal consecuencia de la privatización de servicios públicos es su reordenación jurídica”. (VILLAR ROJAS, 2001, p. 15).

Mercado e a atuação das empresas se desenvolvam em conformidade com determinados objetivos e finalidades (de interesse público) previamente definidas. Há aqui uma incumbência pública traduzida em garantir resultados (*assuring results*) e já não em produzir resultados (*production of results*).²⁷

Busca-se, assim, a satisfação das necessidades fundamentais da coletividade, independentemente dos serviços públicos tradicionais estarem a cargo do Estado ou dos particulares.

O Estado de Garantia foi, assim, chamado a assumir uma nova posição, a de garante da realização de dois objetivos ou interesses fundamentais:²⁸ (i) o correto funcionamento dos setores e serviços privatizados, e (ii) a realização dos direitos dos cidadãos, designadamente dos direitos a se beneficiarem, em condições acessíveis, dos serviços de interesse geral. A assunção de uma responsabilidade pública de garantia acaba por traduzir a persistência do compromisso estadual com a realização do princípio da socialidade e de outros fins constitucionais.²⁹⁻³⁰

Desse modo, o comprometimento estatal quanto aos serviços públicos tradicionais, por se tratar de atividades de interesse público e de necessidades básicas, deixa de ser executivo e passa a ser institucional e consiste no dever de garantir que as tarefas em causa sejam efetivamente exercidas.

2.4. Finalidades do Estado Regulador e Garantidor dos serviços públicos

Constata-se, ante o até aqui exposto, que o Estado hodierno vem, definitivamente, abdicando à função de prestador direto dos serviços públicos para assumir, atualmente, a função de regulador de tais atividades. Todavia, como visto, não o faz com o abandono do interesse público, assume, concomitantemente, a responsabilidade de garantia dessas prestações.

Destarte, o Estado, por intermédio da regulação, poderá corrigir as falhas, imperfeições do funcionamento normal do mercado, e, assim, garantir a prestação de serviços considerados essenciais ou básicos para a coletividade.

Nesse diapasão, para viabilizar a efetivação dos objetivos do Estado Regulador e Garantidor dos serviços públicos, pode-se, ainda que sinteticamente, traçar algumas das suas vertentes de atuação.

Garantia da prestação dos serviços públicos

²⁷Nesse sentido: Pedro Gonçalves (2013, p. 56)

²⁸Nesse sentido, Pedro Gonçalves (2006, p. 537).

²⁹Nestes termos, Gomes Canotilho (2003, p. 353).

³⁰Seguindo o pensamento de Gomes Canotilho (2001, p. 717) já em outra parte, “a mudança de compreensão das funções e papéis do Estado reside no fato de uma tarefa erguida à tarefa pública não ser obrigatoriamente prosseguida, de forma direta, pela administração. O exercício de tarefas públicas por privados não significará sempre uma verdadeira retirada do Estado, mas tão somente a escolha de uma outra forma de prossecução de tarefas públicas. O Estado permanece responsável, mas a tarefa pode ser prosseguida e executada com mais efetividade, eficiência e economicidade se se adotarem novos padrões de organização. Estas sugestões encontram pleno acolhimento, como se sabe, não apenas nos processos de privatização, mas também nas formas de cooperação-coordenação dos particulares com a administração. Se a isto acrescentarmos a crescente preferência do Estado por esquemas reguladores, ou seja, pela imposição de regras públicas sobre atividades privadas de especial sensibilidade comunitária (gás, telecomunicações, eletricidade, águas, transportes), facilmente chegamos à conclusão de que os papéis e funções do Estado sofreram importantes deslocamentos compreensivos nos últimos trinta anos. Começou-se, nos anos setenta e oitenta, pela liberalização e privatização. Seguiu-se, nos anos noventa, a re-regulação, ou seja, o controle das escolhas privadas por imposição de regras públicas, precisamente em domínios dos quais os Estados se havia retirado. Assiste-se hoje, de forma difusa, à articulação de regulações, isto é, à articulação das regulações nacionais que tomam em conta variantes institucionais específicas com a regulação européia”.

Cabe ao Estado, por intermédio de uma regulação econômica e social, assegurar a continuidade e disponibilidade, em termos efetivos, dos serviços públicos à universalidade dos utentes. Isso conduz, no contexto europeu, ao chamado serviço universal e os encargos obrigacionais que lhe acompanham - as obrigações de serviço universal, ou, obrigações de serviço público.

O conceito de serviço universal³¹ traduz-se num conjugado de princípios e de obrigações que determinadas atividades públicas (serviços de interesse econômico geral) deverão cumprir, nomeadamente, o da igualdade, universalidade, continuidade, qualidade, adaptabilidade e, ainda, por regras de boa conduta, como: a transparência de gestão, de tarifação, de financiamento e, também, participação dos consumidores.

Ademais disso, e seguindo os ideais comunitários de coesão econômica e social, podem-se elencar: defesa e proteção do ambiente, do trabalho, saúde, segurança, etc.

Promoção da Concorrência

Para além da defesa do interesse geral, a regulação deverá promover, facilitar ou assegurar a concorrência.³² Afinal, um ambiente concorrencial não surge espontaneamente em setores tradicionalmente monopolizados, somente pelo fato destes se encontrarem, agora, liberalizados³³. Necessita-se, sim, que seja criado um ambiente de concorrência regulada³⁴, onde os operadores são submetidos a regras rígidas de regulação setorial e transversal.

Com efeito, uma outra razão desse tipo de regulação está ligada à própria garantia dos mecanismos do mercado, em resposta às suas falhas do mercado.

A Proteção dos Direitos dos Utentes-Consumidores:

Os interesses do consumidor-utente-cidadão consistem, pode-se dizer, nos interesses de participação e de proteção de direitos na condição de cidadão e o interesse em receber um bom serviço, na condição de consumidor³⁵

Dessa feita, justifica-se uma proteção alargada do consumidor de serviços essenciais, vez que, ao mesmo tempo em que se encontra na situação de consumidor (destinatário final de um serviço), também exerce seus direitos de cidadão, já que a titularidade desses serviços - ainda que prestados por privados - e a garantia da prestação, encontram-se na esfera do Estado.³⁶⁻³⁷

Convergência entre os interesses públicos e privados

³¹Segundo o Glossário da União Europeia: "O conceito de serviço universal foi desenvolvido pelas instituições da Comunidade e define um conjunto de exigências de interesse geral a que devem obedecer, em toda a Comunidade, as atividades de telecomunicações ou de correio, por exemplo. As consequentes obrigações destinam-se a assegurar o acesso generalizado de todas as pessoas a determinadas prestações essenciais de qualidade e a um preço abordável."

³²Nesse sentido: Dieter Helm e Tim Jenkinson (1998, p. 17).

³³Nessa esteira de pensamento: Sendín Garcia (2003, p. 98).

³⁴Com essa ideia: Pedro Gonçalves (1999, p. 105).

³⁵Com esse pensamento: Cosmo Graham (2000, p. 88).

³⁶Nesse sentido: José Carlos Vieira de Andrade (2002, p. 46).

³⁷Também nesse sentido Rogério Soares (1969, p. 71), ao dizer, já em 1969, que "o consumidor/cidadão necessita de proteção cumulada dos direitos específicos dos consumidores e direitos dos cidadãos, devido ao caráter econômico de determinadas prestações".

A desestadualização do interesse público correspondeu, dentre outras coisas, à superação da dicotomia entre Estado e Sociedade, resultando, com isso, o entendimento de que o Estado, apesar de ser o legítimo depositário do interesse público pode, aliás, deve fazer um aproveitamento do potencial da atividade privada.

Todavia, deve-se ter uma definição clara, equilibrada, coerente e justa entre os setores público e privado, de forma a entender os interesses públicos e privados em jogo, sempre, naturalmente, com primazia ao primeiro.³⁸

2.5. As agências reguladoras independentes

A emergência de orientações privatizadoras e o generalizado movimento de liberalização da economia que desde a década de oitenta do século passado, caracterizaram a Europa e países da América,³⁹ tiveram como consequência, como visto anteriormente, uma substancial alteração do papel do Estado neste domínio.

Uma das manifestações mais visíveis deste novo papel do Estado traduziu-se na criação de entidades de regulação,⁴⁰⁻⁴¹ essencialmente independentes do Governo, com finalidades específicas de regulação para garantir a constituição e o funcionamento de um verdadeiro mercado concorrencial,⁴² bem como, garantir a efetivação das obrigações de serviço universal impostas em determinadas circunstâncias.

A racionalidade dessa regulação independente consiste na desgovernamentalização, despolitização e despartidarização da função reguladora, fazendo prevalecer os valores da imparcialidade, da tecnicidade e da previsibilidade.⁴³⁻⁴⁴

Os principais traços da regulação independente podem ser assim elencados:⁴⁵(i) separação entre operador público ou concessionário público e o regulador; (ii) independência do regulador perante o

³⁸Convém salientar que tal ativação não resulta na recusa, ou no repasse total da responsabilidade pública estatal aos privados, e sim, por vezes, acarreta um alargamento das tarefas de proteção de interesses públicos.

³⁹O pioneirismo europeu nesse movimento coube a Grã-Bretanha, sob a égide de Margaret Thatcher.

⁴⁰As Agências Reguladoras têm a sua origem, nomeadamente, nos Estados Unidos da América, já nos finais do século XIX. Todavia, a consolidação de tal instituto jurídico deu-se no cenário administrativo local, somente em meados do século XX, sobretudo após 1930. Desde então, as Agências Reguladoras ganharam espaços e contornos cada vez mais bem definidos, adotando rumos universais a partir da década de 70.

⁴¹"Nos Estados Unidos, desde o final do século XIX – quando surgiram as primeiras necessidades de regulação pública da economia – recorreu-se à criação de organismos dotados de assinalável independência em relação ao 'poder executivo', ou seja, em relação à Administração presidencial, Em vez de 'executive agencies' foram criadas comissões reguladoras independentes 'independent regulatory commissions'. As comissões reguladoras independentes norte americanas foram a resposta a uma dupla preocupação: por um lado, a necessidade incontornável de introduzir regulação lá onde o mercado não podia funcionar (caso dos monopólios naturais) ou onde produzia externalidades negativas socialmente inoportáveis; por outro lado, em homenagem aos princípios da separação entre o Estado e a economia, a preocupação de manter a regulação tanto quanto possível separada da política da maioria governamental de cada momento". (MOREIRA, 2001, p. 229)

⁴²Nesse sentido: Fernanda Maçãs e Vital Moreira (2002, p. 03).

⁴³"Dessa forma, presume-se que quanto maior for a independência da autoridade reguladora, maior capacidade e aptidão elas terão de concretizar suas tarefas. Nesse caso, garantir o cumprimento das obrigações de serviço público. Nesta tarefa, a regulação não visa tão somente à maximização da eficiência econômica, mas também da eficiência social.

⁴⁴Naturalmente, em cada Estado, a formulação dessas entidades tomou conotações e peculiaridades próprias, pois, a compreensão da referida figura pressupõe pelo menos duas cautelas fundamentais. A primeira relaciona-se à ausência de um perfil jurídico uniforme, inalterável, único. Já a segunda vincula-se à necessidade de submissão da modelagem das Agências Reguladoras aos sistemas jurídicos pátrios. (FILHO, 2002, p. 52).

⁴⁵Divisão proposta por Vital Moreira (2001, p. 229).

governo (independência orgânica e funcional): mandato por tempo certo, inamovibilidade, não sujeição a ordens ou instruções;⁴⁶(iii) independência face aos interesses regulados (incompatibilidades) e medidas contra a captura do regulador pelos regulados.⁴⁷

Diante disso, às agências reguladoras são delegadas, em síntese, as seguintes atribuições: (i) são entes que promovem e firmam as contratações administrativas pertinentes à sua atividade. Ou seja, detêm competências administrativas para outorgar o exercício da atividade a terceiros; (ii) são entes fiscalizadores, no sentido de que controlam o cumprimento dos contratos administrativos e a execução dos serviços cuja execução foi outorgada a terceiros ou de atividades econômicas; (iii) são entes de competência sancionatória, pois podem punir (de forma administrativa, poder de polícia), aplicando sanções àqueles que descumprirem as normas vinculadas aos serviços ou atividades econômicas; (iv) são entes que mantém contato direto com o usuário dos serviços ou atividades econômicas a eles vinculados, exercendo papel de ouvidor das reclamações e denúncias, e, proporcionando a arbitragem de conflitos, bem como possibilitando a participação dos usuários ou consumidores nas audiências públicas;⁴⁸ (v) são entes reguladores, ou seja, atribui-lhes uma gama de competências que tornam as agências aptas a definir o regime legal específico de determinado feixe de atividades. Tal se dá de forma imediata (através de positivação de regras) e mediata (através da aplicação executiva de regras preexistentes).

Por decorrência das atribuições e dos poderes dispostos às autoridades reguladoras independentes, diante dessa moderna regulação econômica, caberá a elas, atualmente, assegurar tanto o respeito às obrigações de serviço universal, quanto a promoção e efetivação da concorrência, respondendo as falhas do mercado “*market failures*”.

3. O Estado Regulador e Garantidor em tempos de crise e o direito administrativo da regulação

3.1. A crise econômico-financeira dos últimos anos e seus reflexos na atuação do Estado

A crise econômico-financeira, iniciada em 2008 e de consequências universais, provocou impactos no atual Estado Regulador e Garantidor dos Serviços Públicos.

Crise que por sua vez pode ser identificada como de causa ambivalente: Mercado e Estado, e que isso é fruto dos “*gaps*”⁴⁹ da regulação pública, notadamente da regulação financeira,⁵⁰⁻⁵¹ o que, via de consequência, vai refletir na atuação do Estado, na aferição do seu tamanho e do modo da regulação econômica⁵²⁻⁵³.

⁴⁶Nas palavras de Elisabetta Bani e Antonio Milani (1997, p. 150): “*A composição dessas agências é tendencialmente colegial e caracterizada por um quadro de alta competência e preparação técnica em relação ao setor regulado*”.

⁴⁷Para um entendimento maior da captura do regulador pelos regulados: Robert Baldwin e Martin Cave (1999, p. 36 e 37).

⁴⁸Nesse sentido: Leila Cuelar (2001, p. 81).

⁴⁹Na expressão de S. J. Kelman (2009, p.171) “*asleep at the switch*”.

⁵⁰Nesse sentido: Joseph Stiglitz (2009) e Mark Aronson (2009, p. 180).

⁵¹Nos Estados Unidos da América associa-se a crise as falhas da regulação, a ideologia liberal que comandou as ações regulatórias, notadamente pela desregulação, bem assim, pela falta de atuação dos reguladores, “*regulatory inaction*”. No continente europeu, por sua vez, atrelou-se a crise, sobretudo, a necessidade de mais poderes regulatórios, de instrumentos jurídicos de “*hard regulation*”. Como aponta Pedro Gonçalves (2013, p. 35) “*numa palavra, a nossa crise reside em o Estado fazer mais do que pode e não, como nos Estados Unidos, em ter feito menos do que devia*”.

⁵²Evidentemente que essa mudança do comportamento estatal não se refere tão somente a alteração regulatória e garantista dos serviços públicos, mas também em outras atividades estatais e políticas públicas (austeridade fiscal, baixo

Diante desse contexto, questiona-se o verdadeiro papel do Estado em tempos de crise? Faz-se necessária uma intervenção mais enérgica do Estado no âmbito econômico, uma retomada das atividades econômicas “*step in*”? Ou, então, deve-se buscar um Estado Regulador mais forte, com maiores e mais eficientes poderes e instrumentos de regulação?

Com efeito, a resposta mais correta para as indagações acima parece ser a busca de um Estado mais robusto,⁵⁴ mais forte, mais efetivo, com maiores e melhores poderes de regulação, e assim, apto a cumprir seu dever de garantia, de obtenção de resultados e realização do interesse público.⁵⁵

Esse fortalecimento do Estado Regulador e de Garantia, com novos e mais robustos poderes regulatórios e de intervenção disciplinadora do mercado,⁵⁶ ocasionará numa verdadeira alteração da forma *mentis* da regulação econômica⁵⁷ e, também, das suas técnicas e estruturas.⁵⁸

Isso refletirá no aperfeiçoamento do Estado Administrativo, na reforma da Administração Pública e do exercício de suas atividades. Uma Administração Pública mais organizada, precavida, eficiente, sustentável, sensível e seletiva.

Buscar-se-á, assim, um aperfeiçoamento no modelo de governação pública, uma espécie de “*renew deal*”,⁵⁹ consubstanciado, sobretudo, na interdependência e mútua colaboração entre Estado e mercado.⁶⁰

investimento em obras públicas, redução dos salários de servidores públicos e dos cargos públicos, redução de gastos com seguridade social, saúde, educação, etc.), porém, tais medidas não fazem parte do estudo que ora se perfaz.

⁵³Sobre as consequências da crise no Estado do bem estar social, dentre outros: Joaquim Tornos (2012), João Loureiro (2010).

⁵⁴Em detrimento ao emagrecimento do estado social, que passa a ser, ou melhor, deve ser mais seletivo, mais cuidadoso com a alocação dos gastos públicos. Sobre o tema H. C. Casanovae e M. Conticelli (2012, p. 293 e seguintes).

⁵⁵Sobre o tema Giulio Napolitano (2009, p. 27) e (2012, p. 485)

⁵⁶Nesse modo: Pedro Gonçalves (2013, p. 44).

⁵⁷Nesse sentido: Ana Raquel Gonçalves Moniz (2013, p. 108)

⁵⁸ “*Since the 1990s there was a constant move in the direction of light regulation, coregulation and self-regulation models. The traditional command and control system was abandoned in favor of market-like mechanisms assuming that this would have determined a less-costly and a more effective compliance. The failure of these alternative methods of regulation explains the world-wide pressure for the re-building of a strong regulatory State, in which the public functions would not be any more delegated to private actors. Model and techniques of re-regulation, anyhow, differ across countries. Some of them move in the direction of reinforcing political patronage and command and control systems. Others aim to strengthen the independence of regulatory authorities and their supervisory powers, still looking for more efficient systems of sound regulation*” (NAPOLITANOS 2009, p. 27). Também nesse sentido, Ana Raquel Gonçalves Moniz (2013, p. 107).

⁵⁹Sobre o tema: O. Lobel (2004, p. 342 e seguintes). Segundo o autor, “*The New Deal signified a paradigm shift in the American polity. Under the mandate of relief, recovery, and reform, the modern regulatory administrative state was created. In the context of world war and economic depression, law was conceptualized as national, top-down, and sanctioned. The New Deal regulatory model sought to consolidate formerly dispersed powers into the newly founded expert regulatory agencies and to direct economic and social activities at the national level. At the beginning of the twenty-first century, against the backdrop of global competition, changing patterns in market organization, and a declining commitment to direct government intervention, contemporary legal thought and practice are pointing to the emergence of a new paradigm—governance—that ties together recent developments in the political economy with advances in legal and democratic theory*”. [...] “*The insights of recent legal approaches into a single framework called the Renew Deal school. The asserts the emergence of a new model and critically explores the interaction among its various elements. It unpacks the widespread claims of newness in legal theory, as well as in practice, asking why legal projects are seeking to be innovative and to what they are responding. At the same time, it offers a comprehensive map for understanding the uncharted terrain of renewal projects collectively, addressing contingencies and internal tensions among the possible meanings and interpretations of the emerging model [...]The new paradigm is instigating change in a wide spectrum of policy issues and fields, ranging from employment and environmental protection; to welfare, family,*

3.2. A crise econômico-financeira versus o direito administrativo da regulação (*Regulierungsverwaltungsrecht*)

O atual contexto de crise vai acarretar em uma substancial alteração comportamental do Estado Administrativo, em uma reforma/aperfeiçoamento da Administração Pública, do Direito Administrativo,⁶¹ notadamente no Direito Administrativo da Regulação (*Regulierungsverwaltungsrecht*).

Não se está aqui a falar em uma crise do direito administrativo ou, então, a constituição de um novo direito administrativo, mas sim em um aperfeiçoamento do Direito Administrativo frente às rápidas e complexas transformações da sociedade hodierna e, via de consequência, a adaptação da Administração Pública frente a essa nova realidade, constantemente em mutação, e sua interação com os particulares, bem assim, em uma Administração Pública menos burocrática (sobretudo em razão da desregulação de determinadas atividades e setores econômicos), mais operacional e mais atuante.⁶²

Essa alteração comportamental poderá ser verificada, sobretudo, no desempenho das funções de regulação, no aperfeiçoamento da atividade regulatória, no aprimoramento da máquina administrativa em busca de uma *better regulation*, na cooperação entre os atores públicos e privados, na partilha de responsabilidades e em uma regulação mais responsiva.

3.3. Os desafios do direito administrativo da regulação (*Regulierungsverwaltungsrecht*) e a concretização do Estado Regulador e Garantidor em tempos de crise

Diante desse cenário de crise econômico-financeira, novos desafios são postos ao direito administrativo, sobre ao direito administrativo da regulação (*Regulierungsverwaltungsrecht*). Logo, faz-se necessário a análise de mecanismos/instrumentos administrativos que tenham o condão de possibilitar a concre-

health, and education laws; to policing and criminal justice administration; to state takings, torts and consumer protection; to transportation, information technology, privacy, and corporate shareholder protections. It's necessary to demonstrate how the governance model emerges from a myriad of recent scholarly theories including "reflexive law", "soft law", "collaborative governance", "democratic experimentalism", "responsive regulation", "outsourcing regulation", "reconstitutive law", "post-regulatory law", "revitalizing regulation", "regulatory pluralism", "decentering regulation", "meta-regulation", "contractarian law", "communicative governance", "negotiated governance", "destabilization rights", "cooperative implementation", "interactive compliance", "public laboratories", "deepened democracy and empowered participatory governance", "pragmatic lawyering", "non rival partnership" and "a daring legal system". These subsets of ideas should be understood together as generating a powerful vision within legal thought about the need for renewal through a shift to the governance paradigm. The theoretically-integrated model serves to better inform policymakers in prescribe and normatively evaluate policies, legal function, and democratic ideals".

⁶⁰Para um comparativo interessante entre a recente crise econômica financeira e a crise ocorrida em 1929, vide: Giulio Napolitano (2012, p. 471 e seguintes).

⁶¹Sobre o direito administrativo da crise J. Jordano Fraga (2012) e Giancarlo Montedoro (2009, p. 59-83).

⁶²No tocante ao direito administrativo, propriamente dito, a autora Ana Raquel Gonçalves Moniz (2013, p. 99) aponta algumas consequências em razão da crise financeira iniciada em 2008: "Os efeitos da crise marcarão mais um estágio na evolução do direito administrativo, determinando a emergência de propensões de evolução, de tendências nem sempre homogêneas, porquanto, dependendo dos casos, complementam, mitigam, ou mesmo contrariam os eixos que pautaram o desenvolvimento deste ramo jurídico-dogmático nos finais do século XX e no dealbar do século XXI. A autora ainda cita algumas dessas tendências: instabilidade da legalidade administrativa; diluição do poder administrativo; publicização de atividades; ampliação do conceito de Direito Administrativo; politicização das decisões administrativas e a crise da separação dos poderes; inversão no sentido dos princípios da descentralização e da desconcentração e, por fim, importância da recuperação, na atuação dos poderes públicos, de uma racionalidade axiológica, de uma ética ao invés de uma lógica exclusiva de maximização (imediata) de resultados".

tização do Estado Garantia⁶³ em tempos de crise, por intermédio de um aperfeiçoamento da atividade regulatória do Estado.

Destarte, sobre o prisma de um “*renew deal*” e levando-se em consideração, também, uma (re)modelagem da atividade regulatória, pode-se elencar certos fatores que integrados poderão dar efetividade ao Estado Regulador e Garantidor.

3.3.1 A (re)configuração do modelo regulatório

Diante desse cenário de adaptação e aperfeiçoamento do direito administrativo da regulação (*Regulierungsverwaltungsrecht*) e, com isso, de(re)configuração do modelo regulatório, deve-se adotar novas e eficientes medidas e práticas regulatórias, visando, sobretudo uma regulação mais responsiva, *responsive regulation*⁶⁴ ou, então, *really responsive regulation*.⁶⁵

Destarte, deve-se, primeiramente, definir e, então, implementar estratégias de regulação e de efetivação desse modelo regulatório reconfigurado, o que deve levar em consideração, também, uma maior, eficaz e mais célere atuação do regulador, bem assim, da adoção de mecanismos de acompanhamento e supervisão dos regulados.

Nesse mister deve-se definir um *new regulatory framework*, uma espécie de (re)estabelecimento de regras gerais, algumas vezes específicas, sobre o funcionamento das atividades que se processam no mercado, tanto nas atividades setoriais⁶⁶ quanto nas concorrenciais (transversais).⁶⁷ De modo a assegurar e promover o funcionamento equilibrado e eficiente do mercado, a proteção dos consumidores, a repressão dos abusos cometidos pelos operadores econômicos, bem assim, da garantia da sustentabilidade social.

Outra importante medida a ser tomada é a harmonização regulatória, levando-se em consideração, sobretudo, o policentrismo regulatório e a necessária articulação entre reguladores internacionais nacionais. Além disso, deve-se ter uma coordenação entre a autorregulação e a regulação pública,

⁶³No magistério de M. Ruffert (2010, p. 349) “sem regulação, o Estado de Garantia não existe”.

⁶⁴Sobre o tema: Ian Ayres e John Braithwaite (1995).

⁶⁵A propósito: Robert Baldwin e Julia Black (2007). Para os autores, já em outra oportunidade (2010:185 e 186) “*The “really responsive” approach, to recap, carries two main messages. The first of these is that, in designing, applying, and developing regulatory systems, regulators should be attentive and responsive to five key factors: (1) the behavior, attitudes, and cultures of regulatory actors; (2) the institutional setting of the regulatory regime; (3) the different logics of regulatory tools and strategies (and how these interact); (4) the regime’s own performance over time; and, finally, (5) changes in each of these elements. These five factors are chosen because they encapsulate the central challenges regulators face and which must be risen to if regulators are to achieve their objectives over time. The second message of really responsive regulation is, as noted, that regulatory designs, developments, and operations should take on board the way regulatory challenges vary across the core tasks regulators have to carry out, both with respect to individual firms and in developing strategies more generally, namely detecting undesirable or noncompliant behavior, responding to that behavior by developing tools and strategies, enforcing those tools and strategies on the ground, assessing their success or failure, and modifying them accordingly*”.

⁶⁶Regulação de conteúdo social, impondo-se, aos regulados, obrigações no sentido de adequar a prestação dos Serviços de Interesse Econômico Geral às obrigações de serviço universal.

⁶⁷Como aludem Vital Moreira e Fernanda Maças (2002, p. 40) “*o mercado deixa de ser guiado por uma série de leis e atos administrativos que estabelecem previamente os fins a alcançar, e passa a ser regulado por uma disciplina cujo objetivo fundamental é garantir a livre e efetiva concorrência entre os operadores econômicos, a transparência e a visibilidade do mercado, bem como, remover quaisquer obstáculos contrários ao seu equilíbrio. Os poderes públicos não desaparecem, mas assumem um alcance diverso. Não se trata de dirigir e de programar as finalidades a alcançar, mas definir as regras da correta concorrência entre as forças econômicas, proteger os consumidores, os depositantes, e os acionistas, ou seja, regular o funcionamento do mercado.*”

adequando, adaptando e (re)modelando a estrutura regulatória ao interesse público e às céleres transformações ocorridas na sociedade.⁶⁸

Outrossim, deve-se aliar todas essas medidas regulatórias com o chamado *risk-based regulation*.⁶⁹ Exige-se que as autoridades reguladoras estabeleçam prioridades, definam quais os objetivos da política regulatória que intentem prosseguir e, em consonância com essa definição, desenvolvam as respectivas atuações, tendo por base uma avaliação, à luz de juízos e ponderação e de probabilidade, dos riscos que os comportamentos dos regulados possam colocar relativamente à satisfação daqueles objetivos pré-fixados.⁷⁰ Desse modo, seria possível o regulador antever eventuais falhas ou consequências negativas nos mercados e, assim, adaptar-se a essas novas exigências.

Por fim, exige-se do regulador ter “sensibilidade”⁷¹ na condução da atividade regulatória, ora emanando recomendações, no intuito de persuadir os regulados a prática de determinadas condutas (*soft law*) e, em caso, do desrespeito das normas regulamentares ou, então, pelo não atendimento dos interesses regulatórios, aplicar as sanções que entender pertinentes (*hard law*). Os regulados devem saber que o regulador possui mecanismos e poderes coercitivos na busca da efetivação do interesse público, dos interesses regulatórios, uma espécie de “*benign big gun*”.⁷²

3.3.2. Discricionariedade e avaliação dos impactos regulatórios

Com o fortalecimento do Estado Regulador, com novos e mais robustos poderes regulatórios e de intervenção disciplinadora, aumenta-se, também, a discricionariedade regulatória.

A discricionariedade administrativa, entendida como

“a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”,⁷³

deve ficar a cargo das novas e complexas exigências regulatórias, da tomada de decisões cada vez mais técnicas e da necessária racionalidade de recursos.

⁶⁸“*One of the new challenges for administrative law after the financial crisis requires the re-conceiving of the current approaches to global administrative law. Many of the existing and failing regulations at global level are based on the delegation to private regulators and the dominance of soft law mechanisms. The solution of the legitimacy and accountability problem with these rules was found in the consultation process, even if the consulted parties were only the regulated ones. Preventing new crisis in the future calls for global solutions based on a direct involvement of new public bodies at the international level and on a more balanced consultation process, to avoid the capture by regulated interests*” (NAPOLITANO, 2009, p. 27).

⁶⁹Para uma visão conjunta e integrada da *really responsive regulation* e do *risk based regulation*, vide: Robert Baldwin e Julia Black (2010).

⁷⁰Nesse sentido: Ana Raquel Gonçalves Moniz (2013, p. 114).

⁷¹“*Performance sensitivity will demand a program for assessing the performance of the existing regime across the five core tasks of regulation (behavior, attitude, and culture; institutional environments; interactions of controls; regulatory performance; and change). It will also require an understanding of those activities that detract from (or potentially detract from) the achievement of objectives but that are beyond the scope of the current regulatory regime or are “off the screen” in the sense that they are going undetected*” (BALDWIN; BLACK, 2010:200).

⁷²Nesse sentido: Ian Ayres e John Braithwaite (1999, p. 40).

⁷³Nesse sentido: Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 48).

A discricionariedade regulatória exterioriza-se pelos atos administrativos, regulamentos, bem assim por recomendações e sanções. Assim, conforme alude Ana Raquel Gonçalves Moniz (2013, p. 122 e 123):

"a relação entre a discricionariedade regulatória e a prática de atos administrativos pelas entidades reguladoras projeta-se, simultaneamente na forma como o legislador lhe confere poder decisório e no tipo de juízo àquelas quando da tomada de decisões. No horizonte do exercício regulamentar pelos reguladores avultam as disposições legais que conferem aos órgãos executivos a competência para emanar os regulamentos necessários à prossecução das atribuições da pessoa coletiva pública respectiva".

Todavia, esse aumento de poder discricionário das entidades regulatórias, deve, na maior das vezes, ser acompanhado pela avaliação de impacto regulatório. Procedimento de tomada de decisão no âmbito da atividade regulatória, que se vale de do uso sistemático de análises sobre os possíveis efeitos na sociedade de uma determinada decisão regulatória.⁷⁴

Além disso, a avaliação de impacto regulatório liga-se a ideia do custo benefício,⁷⁵⁻⁷⁶ elemento importante que possibilita tornar a intervenção mais eficiente e de melhor qualidade, ferramenta frequentemente utilizada nos Estados Unidos da América.⁷⁷

Por fim, a tomada da decisão regulatória será acompanhado de um procedimento mais transparente que, porventura, pode ocasionar uma maior participação ou, ao menos, acompanhamento popular, de forma a diminuir o déficit democrático das agências reguladoras independentes.

3.3.3. Regulação por contratos

O fortalecimento do Estado Regulador, assente na premissa da redução ou do recuo da intervenção pública na economia, acaba por fortalecer uma nova faceta estatal, a do Estado Contratante.

Na verdade, atuando a regulação sobre o mercado e constituindo o contrato instrumento, por excelência, do "contrato jurídico" entre os atores do mercado (entre as empresas e entre estas e os consumidores), não surpreende que o instrumento contratual se veja transformado, de certo modo, em objeto privilegiado da atividade regulatória, quer porque o contrato (público) surge como instrumento de implementação da regulação, quer porque o contrato (privado) surge como um objeto de regulação.⁷⁸

Portanto, em tempos de crise, a contratação pública revela-se como um importante "objeto de regulação". Por um lado, a regulação normativa ou regulamentação dos procedimentos de contratação, que corresponde a um sistema de normas de direito administrativo que disciplina a adjudicação de contratos e a escolha de cocontratantes da Administração Pública (direito da contratação pública).⁷⁹ Por outro

⁷⁴ Definição retirada da "Análise do Impacto regulatório" - OCDE - 1997.

⁷⁵ Sobre o tema: Robert W. Hahn e Paul C. Tetlock (2007)

⁷⁶ A avaliação do impacto regulatório e a análise do custo-benefício podem levar em consideração as consequências, econômicas, concorrenciais, ambientais, ambientais, etc.

⁷⁷ A regulação sobre a gasolina, por exemplo, já na administração Reagan, em 1981.

⁷⁸ "O contrato vê-se transformado num mecanismo prioritário da ação pública: cresceu o "contracting out" e surgiram várias formas de externalização contratualizada de tarefas públicas (desde as concessões tradicionais às concessões em forma de parceria público-privada, que atingem funções públicas por excelência); mas o contrato também se impôs como esquema de negociação entre regulador e regulados sobre o conteúdo da própria regulação." Pedro Gonçalves (2013:14).

⁷⁹ "No tocante às compras públicas, uma regulação do Estado Contratante, servida por agentes profissionais, cumpriria o objetivo de esclarecimento e orientação das condutas das entidades adjudicantes no sentido da adoção das melhores práticas, quer no campo da integridade e da ética na contratação, que no domínio das melhorias na própria função de compra (qualidade, criatividade, inovação, etc.)" (GONÇALVES, 2013, p. 26).

lado, a regulação jurídica dos operadores econômicos que participam nos procedimentos ou mercados de contratação pública,⁸⁰ desde a respectiva admissão até a exclusão, passando pela eventual aplicação de sanções (contraordenações).

3.3.4. Regulação e responsabilidade (*action/inaction*) – *regulatory failures*

O Estado Regulador e Garantidor assume, efetivamente, um dever institucional de assegurar, de garantir a realização do interesse público, via de consequência é o interesse público que vai nortear o comportamento estatal.

Desse modo, pode-se dizer, hodiernamente, que a ideia da responsabilidade de garantia trará, subjacente, um novo modelo institucional (*new regulatory framework*) de realização do interesse público que não coloca o Estado, todavia, como uma máquina de prestação, de fornecimento de produtos e serviços.⁸¹

Pelo contrário, esse novo modelo pressupõe, ao menos no tocante aos serviços públicos de natureza econômica, que as tarefas e incumbências de caráter executivo e operacional migrem para a esfera do mercado, dos privados, ocupando-se o Estado da função de assegurar e garantir o bom e justo funcionamento do mercado, responsabilidade pelo resultado, *assuring results*, em conformidade com determinados objetivos e finalidades de interesse público, previamente definidos, por intermédio de uma regulação justa e eficiente do mercado.⁸²

Esse novo modelo institucional eleva, assim, a regulação como instrumento de garantia, de realização de valores do interesse público, ou seja, a ação regulatória deve garantir a proteção dos utilizadores e do eficiente funcionamento do mercado.⁸³

Destarte, a regulação pública viu-se convertida numa exigência jurídico-política constitucional,⁸⁴ ainda que implicitamente. Esse dever de desenvolver uma atividade regulatória, justa, racional e eficiente, faz emergir um direito subjetivo à regulação pública, ao funcionamento correto e confiável dos sistemas regulados.

Nesse supedâneo, o Estado Administrativo deve responder por eventuais falhas na regulação, *regulatory failures*, tanto pelos prejuízos causados pelos comportamentos que adota (*action*), quanto pelas suas omissões⁸⁵ no desempenho da sua responsabilidade de regulação (*inaction*).⁸⁶

Portanto, o *new regulatory framework* deve trazer consigo o estabelecimento de critérios claros e justos para a responsabilização das autoridades reguladoras independentes. Um regime jurídico próprio,

⁸⁰Nesse contexto, podem 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 adoção de certas condutas e podem ter uma relevância organizativa ou uma projeção na atuação externa.

⁸¹"It's necessary a framework that identifies judicial deference to agency resource allocation decisions as a crucial factor in administrative law and uses that framework to bring coherence and clarity to the doctrine of judicial review of agency inaction" (BINER, 2008, p. 461).

⁸²O Estado Regulador e de Garantia deve assegurar o fornecimento dos serviços públicos, os serviços de interesse econômico geral, garantir a proteção dos utentes-consumidores e promover uma livre e justa concorrência entre os operadores.

⁸³"A regulação e o direito da regulação surgem como esquemas de compensação do recuso do Estado, na sequência do processo de privatização e do abandono do fornecimento direto do serviço público" (KNAUFF, 2007, p. 382).

⁸⁴Nesse sentido: Ricardo Rivero Ortega (2007, p. 23).

⁸⁵Afinal, não se pode perder de vista as consequências devastadoras da inação regulatória, quer para o fornecimento dos serviços, para o direito dos utilizadores ou, também, para a livre e justa concorrência.

⁸⁶Sobre o tema D.P. Selmi (1996, p. 76 e seguintes) e G. Staszewski. (2010, p. 359 e seguintes).

direcionado,⁸⁷ capaz de identificar quando e em quais circunstâncias haverá a responsabilização, o alcance e delimitação dos beneficiários, bem assim dos danos que serão, por ventura, indenizáveis.⁸⁸⁻⁸⁹

4. Considerações finais

(i) Primeiramente, deve-se ter em mente que a emergência do Estado Regulador não significou uma transição de paradigmas em relação ao antigo modelo de comportamento estatal. O Estado, agora enriquecido com a dimensão regulatória da economia, continua sendo um Estado Social (seguridade social, educação, saúde, etc.) e, também, Liberal (livre iniciativa econômica, livre concorrência, etc.).

(ii) Concomitantemente à emergência do Estado Regulador dos grandes serviços públicos, notadamente daqueles prestados em rede (energia e telecomunicações) e do sistema financeiro, está a aparição do Estado de Garantia. O serviço público deixa de ser prestado diretamente pelo Estado, que assume, assim, a função de garante da prestação desses serviços e, com isso, uma responsabilidade de resultado.

(iii) Nesse contexto, o Estado Regulador e de Garantia é responsável pelo funcionamento eficiente e justo do mercado. Em caso do não funcionamento do mercado, deverá o Estado agir de forma subsidiária, de forma a atender sua responsabilidade pelo resultado. Diante desse contexto, o direito administrativo da regulação assume relevante importância para o cumprimento desse mister.

(iv) Todavia, com o advento da crise econômico-financeira, que desde 2008 assola a sociedade internacional, faz-se necessário uma atuação estatal mais inteligente e suficientemente capaz de entender a “complexificação” das relações existentes entre Estado – Sociedade e Mercado (policentrismo administrativo/regulatório – nacional e internacional) e atender o interesse público.

(v) Mais ou menos Estado? Naturalmente, em tempos de crise o comportamento do Estado precisa ser revisto. De uma maneira geral, teremos um Estado mais seletivo, com redução dos gastos públicos, procurando alocar o dinheiro público de forma mais eficiente e cada vez mais direcionada às necessidades básicas, segurança, saúde, etc. Em relação ao Estado Regulador, vivencia-se uma busca pelo seu fortalecimento, com melhores e mais eficientes mecanismos e ferramentas hábeis à melhoria da atividade regulatória.

(vi) Em relação à Administração Pública, ela não pode ser um obstáculo na relação estado-mercado-sociedade civil. Sua atuação deve se dar de forma mais célere (menos burocrática), mais atuante, mais inteligente, capaz de, se necessário for, agir subsidiariamente ao mercado de modo a atender o interesse público em jogo.

(vii) As principais consequências da crise se darão no âmbito do direito administrativo da regulação (*Regulierungsverwaltungsrecht*). Será necessária uma importante (re)formulação da atividade regulatória. Não se trata de seguir esta ou aquela teoria que aperfeiçoa a atividade regulatória (*smart regulation, reponsive regulation, really responsive regulation, really responsive risk-based regulation*), mas

⁸⁷Respeitando, é claro, as peculiaridades de cada atividade setorial.

⁸⁸Como afirma Fernanda Maçãs (2011, p. 74) “na medida em que as autoridades reguladoras são dotadas de fortes e poderes de ingerência na esfera dos operadores para garantirem a legalidade da sua atuação, com vista à salvaguarda da solidez e da estabilidade do sistema e a criação da confiança no mercado, coloca-se o problema de saber se e em que medida devem ser responsabilizadas quando, em resultado de omissão grave ou mau uso desses poderes, derivem danos para terceiros”

⁸⁹Deve-se levar em conta, naturalmente, a escassez de recursos do Estado quando do escalonamento de critérios e graus de responsabilização estatal para não agravar, ainda mais, a situação financeira atual.

sim de integração de mecanismos e ferramentas que, de maneira integrada, são capazes de alcançar a cada dia os fins objetivados pelo Estado Regulador e Garantidor dos Serviços Públicos.

(viii) Destarte, sob o prisma de um “*renew deal*” e levando-se em consideração, também, uma (re)modelagem da atividade regulatória, “um *new regulatory framework*”, que não seja taxativo, rigoroso, estanque e que consiga se amoldar às necessidades e exigências de uma regulação setorial e transversal, procurou-se, nesse estudo, elencar certos mecanismos/instrumentos do direito administrativo da regulação que, integrados e aperfeiçoados, têm o condão de possibilitar a concretização do interesse público.

5. Referências bibliográficas

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos dos Consumidores como Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXVIII. Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- ARONSON, Mark. The Great Depression, this Depression and Administrative Law. *Federal Law Review*, n. 165, 2009.
- AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford. Oxford University Press, 1995.
- BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. Really Responsive Regulation. *Law Society and Economy Working Papers*, 2007.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice*. Oxford, Oxford University Press, 1999.
- BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. Really Responsive Risk-Based Regulation. *Law & Policy*, Vol. 32, n. 2, 2010.
- BANDEIRA DEMELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª edição. São Paulo, Editora Malheiros, 2003.
- BANI, Elisabetta. Stato Regolatore e Autorità Indipendenti. *Diritto Pubblico dell’Economia*. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1997.
- BINER, Eric. Two sides of the same coin - Judicial review of administrative agency action inaction. *Virginia Environmental Law Journal*, 2008.
- BOAZ, David. *The Politics of Freedom. Taking on the left the right and threats to our liberties*, Cato Institute, Washington, DC, 2008.
- BURGI, Martin. Die Funktion des Verfahrensrechts in privatisierten Bereichen, Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*. Baden-Baden, No mos, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. O Direito Constitucional passa; o Direito Administrativo passa também. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Studia Iuridica* 61. Coimbra, Editora Coimbra, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Editora Coimbra, 2003.
- CASALOVAH, C.; CONTIELLI, M. Le protezioni sociali alla prova. G. Napolitano. *Uscire dalla crisi (politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali)*. Bologna, Il Mulino, 2012.
- CULELAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo, Editora Dialética, 2001.

- EIFERT, M. Regulierungsstrategien. *Hoffmann-Riem/Schidt-Assmann/Vosskhule, Grundlagen des Verwaltungsrechts*, I.Munche, Beck, 2006.
- FILHO, Marçal Justen. *O direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo, Editora Dialética, 2002.
- FRAGA, J. Jordano. *El Derecho Administrativo de la crisis*, 2012.
- FRANZIUS, Claudio. Der 'Gewährleistungsstaat' – ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat. *Der Staat*, 2003.
- GARCIA, Maria da Gloria F.P.D. *Direito das Políticas Públicas*. Coimbra, Editora Almedina, 2009.
- GONÇALVES, Pedro Costa. Regulação, Eletricidade e Telecomunicações. *Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- GONÇALVES, Pedro. Direito Administrativo da Regulação. Separata de "Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra, Editora Coimbra, 2006.
- GONÇALVES, Pedro. *Direito das Telecomunicações*. Coimbra, Editora Almedina, 1999.
- GONÇALVES, Pedro. *Entidades Privadas com Poderes Públicos*. Coimbra, Editora Almedina, 2008.
- GONÇALVES, Pedro. *Reflexões Sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra Editora, 2013.
- GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador. *Estudos de Regulação Pública I*. Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- GRAHAM, Cosmo. *Regulating Public Utilities: A constitutional approach*. Oxford, Hart Publishing, 2000.
- HAHN, Robert W.; TETLOCK, Paul C. *Has economic analysis improved regulatory decisions?* AEI-Brookings Joint Center working paper, 2007.
- HELM, Dieter; TIM, Jenkinson. *Introducing Competition into Regulated Industries*. Oxford, Oxford University Press, 1998.
- HEREMANS, Tinne. *Professional Services in the EU internal Market*. Oxford, Hart Publishing, 2012.
- KELMAN, S. J. Achieving Contracting Goals and Recognizing Public Law Concerns. *Freeman/Minow, Government by contract*, 2009.
- KNAUFF, Mathias, "RegulierungsverwaltungsrechtlicherRechtsschutz", *VerwArch.* (2007)
- KNAUFF Matthias. *Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinvorsorge. Eine rechtswissenschaftliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des OPNV*. Duncker&Humblot, Berlin, 2004.
- LA SPINA, Antônio; MAJONE, Giandomenico. *Lo Stato Regolatore*. Il Mulino, Bologna, 2000.
- LADEUR, Karl-Heins. *Der Staat gegen die Gesellschaft*. Tübingen, Siebeck, 2006.
- LAUDER, Karl-Heins. Regulierung von Selbstregulierung und, Logik der Netzwerke. *Die Verwaltung, Beiheft*, 2013.
- LEVY, Jonah. The State after Statist – From Market direction to Market Support. *AAVV - The State after Statism – New Activities in the age of liberization*. Harvard University Press, Cambridge, 2006.
- LOBEL, Orly. The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought. *Minnesota Law Review*, vol. 89, 2004.

- LOPES, Dulce. O Nome das Coisas: Serviço Público, Serviços de Interesse Econômico Geral e Serviço Universal no Direito Comunitário. *Temas de Integração*, n. 15 e 16. Coimbra, Editora Almedina, 2003.
- LOUREIRO, João. Adeus ao Estado Social? Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- Maças, Fernanda. Responsabilidade Civil das Entidades Reguladoras. *In Caderno de Justiça Administrativa*, n. 88, julho/agosto, 2011.
- MAÇAS, Fernanda; MOREIRA, Vital. *Autoridades Reguladoras Independentes nos Domínios Económicas e Financeiras, Estudo e Projeto de Lei-Quadro*. Coimbra, 2002.
- MARTIEZ, Mark. *The Myth of the Free Market – the role of the State in the Capitalist Economy*. Kumarian Press, Sterling, 2009.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. A Crise e a Regulação: O Futuro da Regulação Administrativa. *A crise e o Direito Público*. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013.
- MONTEDORO, Giancarlo. Economia della crisi, trasformazioni dello Stato Governo dei Giudici. *Rivista Trimestrale di Diritto Dell'Economia*. Itália, 2009.
- MOREIRA, Vital. Os Serviços Públicos Tradicionais sob o Impacto da União Europeia. *Revista do Direito Público da Economia*. Ano 01, n.º 01. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2003.
- MOREIRA, Vital. *A Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra, Editora Almedina, 1997.
- MOREIRA, Vital. Serviço Público e Concorrência. A Regulação do Setor Elétrico. *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, Editora Coimbra, 2001.
- NAPOLITANO, Giulio. *The Role of the State in (and after) The Financial Crisis: New challenges for Administrative Law*. Yale Law School, 2009.
- NAPOLITANO, Giulio. *Espansione o Riduzione Dello Stato? Pottery Pubblici di Fronte Alla Crisi*, 2012.
- OSSENBUEHL, F. Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private. *VVDStRL*, n. 29, 1971.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*. Coimbra, Editora Almedina, 2003.
- RIVEROORTEGA, Ricardo. *El estado vigilante*. Madrid, Tecnos, 2000.
- RIVEROORTEGA, Ricardo. *Derecho Administrativo Económico*. Madrid, Marcial Pons, 2007.
- RUFFERT, M. et al. *Regulierungsrecht*, Tübingen, Siebeck, 2010.
- SACKER, Franz Jurgen. J. Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht. *AoR*, vol. 130, 2005.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee*. Berlin, Springer, 2006.
- SCHOCH, Friedrich. Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?, *NVwZ*, 2008.
- SCHRODER, Rainer. *Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel*, Tübingen, Siebeck, 2007.
- SELMI, D. P. Jurisdiction to Review Agency Inaction Under Federal Environmental Law. *Indiana Law Journal*, vol. 72, 1996.
- SENDÍN GARCIA, Miguel Ángel. *Regulación y Servicios Públicos*. Granada, Editorial Comares, 2003.

- SILVA, João Nuno Calvão. *Mercado e Estado – Serviço de Interesse Económico Geral*. Tese de Mestrado – FDUC, Coimbra, 2006.
- SILVA, Suzana M. C. Loureiro Tavares. *O Sector Electrico Perante o Estado Incentivador; Orientador e Garantidor*. Tese de doutoramento – FDUC, Coimbra, 2008.
- SOARES, Rogério Ehrhardt. *Direito Público e Sociedade Técnica*. Coimbra, Atlântida Editora, 1969.
- STASZEWSKI, G. *The Federal Inaction Commission*. Emory Law Journal, 2010.
- STIGLITZ, Joseph. *Regulation and the Theory of Market and Government Failure*. Cambridge Books, 2009.
- TORNOS, Joaquim. *Crisis Del Estado de Bienestar. El Papel Del Derecho Administrativo*. Madrid, Reus Editorial, 2012.
- VILLAR ROJAS, Francisco José. Privatización de Grandes Servicios Públicos. Os Caminhos da Privatização da Administração Pública. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2001.
- VOSSKUHLE, Andreas. The Reform Approach in the German Science of Administrative Law: the Neue Verwaltungsrechtswissenschaft. Ruffert, M. *The Transformation of Administrative Law in Europe*. Monique, Sellier, 2007.
- VOSSKUHLE, Andreas. *Beteriligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung*. *VVDStRL*, n. 62, 2003.
- VOSSKUHLE, Andreas. Concetti chiave – della riforma del diritto amministrativo nella Repubblica Federale Tedesca. *Diritto Pubblico*, 2000.