

## DISCRICIONARIEDADE X VINCULAÇÃO: LICENÇAS DE PRODUÇÃO DE ENERGIA

### DISCRETION X BINDING: LICENSES FOR THE PRODUCTION OF ENERGY

Luiz Elias Miranda dos Santos\*

**RESUMO:** O direito administrativo em Portugal encontra-se claramente num grau evolutivo mais avançado do que encontramos hoje no Brasil, baseado quase que unicamente na relação entre Administração, particulares e os privilégios que a primeira possui como decorrência do regime jurídico-administrativo. Desta forma, utilizamos do panorama do direito administrativo português para refletir sobre a clássica dicotomia entre vinculação e discricionariedade para uma reflexão do atual estado de tais conceitos. Para fazer esta análise, escolhemos uma figura que poderia ser definida como um ato administrativo sui generis: as licenças para produção de energia elétrica. Dentro do panorama do direito administrativo clássico, as licenças são atos vinculados, ou seja, o simples preenchimento das condições prévias obriga a administração, ou quem lhe faça as vezes, a conceder a autorização para a prática de determinado ato. Contudo, dentro do regime de concessão de licenças para produção de energia elétrica no ordenamento português, é possível notar que estas licenças possuem um caráter variável com características afeitas ora a atos vinculados, ora a atos discricionários e até mesmo de regulação econômica, o que pode nos levar a refletir sobre estes conceitos clássicos do direito administrativo e também sobre a emergência metodológica de um “novo” direito administrativo.

**Palavras-chave:** Discricionariedade. Vinculação. Setor elétrico. Portugal.

**ABSTRACT:** The administrative law in Portugal is in a clearly more advanced evolutionary scale than found today in Brazil, based almost solely on the relationship between administration, private entities and the privileges that the former has as a result of the legal and administrative arrangements. Thus, we use us the panorama of the Portuguese administrative law to reflect on the classic dichotomy between binding and discretion to reflect the current status of such concepts. To do this analysis, we chose a figure that could be defined as a sui generis administrative act: the licenses to produce electricity. Within the panorama of the classic administrative law, licenses are bound acts, the simple fulfillment of preconditions required by the administration are enough to grant authorization to practice a certain act. However, within the system that grants licenses to produce electricity in the Portuguese system, it is possible to note that these licenses have a character with variable characteristics that sometimes are bound acts, and sometimes are characterized as discretionary acts and, even, economic regulation, which can lead us to reflect on these classic concepts of administrative law and also on the methodological emergence of a "new" administrative law.

**Keywords:** Discretion. Legal binding. Electricity Sector. Portugal

**SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 AS LICENÇAS PARA PRODUÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA; 3 VINCULAÇÃO OU DISCRICIONARIEDADE? 3.1 VINCULAÇÃO; 3.2 DISCRICIONARIEDADE; 4 ATO SUI GENERIS?; 4.1 NOVAS BASES METODOLÓGICO-CONCEITUAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO; 4.2 A NATUREZA SUI GENERIS DAS LICENÇAS OU O PSEUDO ATO ADMINISTRATIVO; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

\* Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas da Universidade de Coimbra – Portugal. Especialista em Direitos Fundamentais e Democracia pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB. Membro colaborador do Centro Brasileiros de Estudos Sociais e Políticos – CEBESP. Integrante do Laboratório Internacional de Investigação em Transjuridicidade – LABIRINT/UFPB. Advogado. Coimbra – Portugal.

## 1 INTRODUÇÃO

O setor elétrico passou por diversas modificações organizatórias em Portugal desde o início de sua regulamentação em 1911<sup>1</sup>, passando pela lei de eletrificação do país<sup>2</sup>, modificado brutalmente com a onda de nacionalizações decorrentes do 25 de abril (que implicou na criação de um monopólio estatal e o surgimento da EDP em 1976) até as mutações proporcionadas já na década de 1990, na qual observou-se um processo de privatização e liberalização do setor promovida pela transposição de diretivas da União Europeia<sup>3</sup> (na qual Portugal integrou-se a partir de 1º de janeiro de 1986) e ditames do Banco Mundial<sup>4</sup>.

Na esteira da integração legislativa portuguesa com o quadro comunitário relativo à energia elétrica, surge Decreto-lei n. 29/2006 que em consonância com as inovações diretiva 2003/54 CE (que revogou a diretiva 96/92 CE que estabelecia regras para o mercado elétrico interno) redefine as atividades do Sistema Elétrico Nacional (SEN) que passa a ser composto pelos seguintes componentes: a) produção, b) transporte, c) distribuição, d) comercialização, e) operação de mercados de eletricidade e f) Operação logística de mudança de comercializador de eletricidade<sup>5</sup>.

De todas as atividades do SEN a que destacaremos no presente trabalho é justamente a relacionada na alínea *a* do art. 13 do Decreto-lei n. 29/2006, a produção de energia elétrica<sup>6</sup>.

De acordo com a definição do art. 15 do Decreto-lei n. 29/2006, a produção de energia elétrica é uma atividade livre, contudo a ser exercida após a obtenção de licença prévia das entidades administrativas competentes.

Classicamente a licença é um ato administrativo vinculado, ou seja, cumpridos determinados requisitos prévios, a Administração pública encontra-se obrigada a autorizar o

<sup>1</sup> Com a lei de 24 de maio que dispunha sobre normas relativas à indústria elétrica em Portugal.

<sup>2</sup> Lei n. 2002 de 26 de dezembro de 1944.

<sup>3</sup> Sobre a criação da EDP como decorrência direta das nacionalizações ocorridas em Portugal em meados dos anos 1970 e o trânsito de tal empresa rumo à iniciativa privada após a liberalização do setor a partir dos anos 1990 segundo os ditames da União Europeia (SILVA, 2008).

<sup>4</sup> Sobre as medidas de abertura e liberalização do mercado de energia elétrica em Portugal a partir da década de 90 (SILVA, 2011). Para uma narrativa mais extensa da liberalização e dos pacotes energéticos (SILVA, 2008).

<sup>5</sup> Art. 13 do Decreto-lei n. 29/2006.

<sup>6</sup> Ressalte-se que no breve estudo daremos atenção apenas às modalidades *ordinárias* de geração de energia elétrica, deixando em outro plano as modalidades *especiais* de geração que são aquelas que fazem uso de recurso renováveis e também em regime de co-geração (produção combinada de calor e eletricidade).

exercício de determinada atividade, contudo, nas licenças para produção de energia elétrica em Portugal, apesar da denominação *licença* escolhida pela legislação de regência, há relativa inconsistência uma vez que os requisitos listados no art. 6<sup>a</sup> do Decreto-lei n. 172/2006 (que desenvolve os princípios gerais dispostos no Decreto-lei n. 29/2006) reúnem tanto condições de simples aferição técnica ou exibição de atendimento a requisitos específicos (como seria de se esperar no procedimento administrativo para obtenção de uma licença), quanto de exigências que recaem sobre o clássico conceito de discricionariedade administrativa.

O presente estudo tem como principal meta determinar a natureza jurídica da licença para produção de energia elétrica, se ela é um ato vinculado (como seria de se esperar ao falarmos de uma licença tal qual se concebe no direito administrativo), discricionário (regido pelos critérios de conveniência e oportunidade da administração pública) ou ainda se podemos considerá-la como um ato *sui generis*, no qual seria possível observar um amálgama entre vinculação e discricionariedade e, existindo tal mistura, seria possível então falarmos numa superação (em termos metodológicos) dentro do direito administrativo da velha distinção entre atos administrativos vinculados e discricionários.

No intuito de alcançar os objetivos acima mencionados, esta breve investigação estrutura-se em três pontos essenciais, num primeiro momento falar-se-á sobre as licenças para produção de energia elétrica, a seguir abordam-se dois conceitos clássicos do direito administrativo (discricionariedade e vinculação) e sua ligação com a temática das licenças para produção de energia elétrica, uma terceira parte será construída com base na ideia das licenças em questão constituírem um ato *sui generis* dentro do direito administrativo e, por fim, teceremos algumas considerações finais.

## 2 AS LICENÇAS PARA PRODUÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA<sup>7</sup>

Revisitando o percurso do quadro legislativo da produção elétrica, é fácil perceber que este evoluiu de uma ação privada, passando por um conjunto de iniciativas públicas consubstanciadas em um monopólio de uma empresa estatal que englobava todas as fases do mercado energético (da produção à destinação ao consumidor final) e, por fim, a iniciativa

<sup>7</sup> Como já explicitado anteriormente, abordaremos apenas as licenças atinentes à produção de energia elétrica em regime *ordinário* (art. 15 do Decreto-lei n. 29/2006).

pública e o monopólio foram desmantelados em meados dos anos 90 no intuito da formação de um mercado livre de energia elétrica para a harmonização do setor energético com a ideia basilar presente na formação da Comunidade Europeia, que é a livre circulação de mercadorias e serviços<sup>8</sup>; assumindo o Estado um perfil regulador, ativador ou incentivador, intervindo no setor elétrico por meio de instrumentos regulatórios normativos ou administrativos<sup>9</sup> que assegura ao mesmo um perfil voltado para a adoção de posturas “funcionais e finalistas inspirados no tradicional modelo regulador norte-americano” (GONÇALVES, 2006, p. 539), mas com algumas diferenças essenciais.

O regime de produção da energia elétrica, pautando-se na ideia de livre concurso, constitui-se como um espaço de livre acesso, “exercida em regime de concorrência, que apenas depende de uma licença a emitir pela DGEG, a qual terá de ser articulada com os regimes jurídicos de licenciamento ambiental [...], industrial e com o regulamento de Licenças para Instalações Elétricas – RLIE” (SILVA, 2011, p. 83)<sup>10</sup>; e o Estado, com a postura anteriormente explicitada deve apenas agir no sentido de corrigir as falhas do mercado supletivamente à iniciativa privada, não de forma a produzir diretamente a energia elétrica, mas sim abrindo concursos públicos com objetivos de “promover as condições que possibilitem atingir [...] limiares de produção” (MIRANDA, 2008, p. 129) que assegurem produção de energia em níveis para que o abastecimento ao mercado esteja assegurado<sup>11</sup>.

Percebe-se, então, que no âmbito da produção de energia elétrica, apesar de predominar a ideia de livre mercado e livre acesso aos *players* interessados em interagir nesta área, a atividade não é efetivamente livre no sentido próprio da palavra, devendo os interessados na produção de tal bem econômico submeter-se a um controle do Estado que se pauta no juízo de diversidade das fontes produtoras como “elemento estratégico essencial de um sistema elétrico” (SILVA, 2008, p.84) por garantir – essencialmente – a segurança no abastecimento elétrico.

Em termos de produção elétrica (a comercialização de eletricidade impõe as emissões de outros tipos de licença e, dentro do espaço europeu do mercado energético, com o escopo de construção de um livre mercado pautado na livre circulação de mercadorias e

<sup>8</sup> Para uma síntese mais detalhada da evolução legislativa em Portugal e na União Europeia (MIRANDA, 2008).

<sup>9</sup> Sobre estas formas e instrumentos de regulação do Estado (GONÇALVES, 2006).

<sup>10</sup> O Regulamento de Licenças para Instalações Elétricas (RLIE) encontra-se inserido no Decreto-lei n. 26.852 de 30 de setembro de 1936, cuja última alteração deu-se por meio do Decreto-lei n. 101/2007.

<sup>11</sup> Os concursos (leilões) para atribuição de licenças para produção de energia elétrica têm lugar também quando existir mais de um requerimento de licença para uma mesma região, neste sentido (MIRANDA, 2008).

serviços proíbe-se a concentração de redes de transportes e outras atividades do setor elétrico por uma mesma pessoa física ou jurídica<sup>12</sup>) e a concessão das licenças para o exercício da referida atividade é regulada por dois diplomas legislativos diferentes, quais sejam, o Decreto-lei n. 29/2006 de 15 de fevereiro e o Decreto-lei n. 172/2006 de 23 de agosto, ambos objetivam transpor para o ordenamento português as disposições da diretiva 2003/54 CE<sup>13</sup>.

A diretiva 2003/54 CE, em seu art. 6º, define os critérios no quais os Estados-membros devem fixar a criação de novas capacidades de produção (unidades geradoras) em seu território, são tais parâmetros a) a fiabilidade e segurança da rede elétrica, das instalações e do equipamento associado; b) a proteção da saúde pública e da segurança; c) a proteção do ambiente; d) a ocupação do solo e a localização; e) a utilização do domínio público; f) a eficiência energética; g) a natureza das fontes primárias; h) as características específicas do requerente, nomeadamente capacidade técnica, econômica e financeira; i) o cumprimento das medidas voltadas às obrigações de serviço público e proteção ao consumidor.

A legislação portuguesa que transpôs os parâmetros da diretiva europeia, como já declinado anteriormente, são os Decretos-lei n. 29 e 172 ambos de 2006, o primeiro demonstra contornos gerais do sistema elétrico nacional fixando posições gerais e o segundo fornece disciplina específica ao setor e ao ponto que nos interessa que é a produção de energia elétrica em regime ordinário.

Com base no conteúdo da diretiva europeia (2003/54 CE), o art. 5º do decreto-lei n. 172/2006 estabelece oito critérios para a concessão das licenças de produção que devem ser observadas pela Direção Geral de Energia e Geologia (DGEG) no momento de atribuição de tal ato administrativo (não obstante a articulação de outras espécies de licenças já mencionadas anteriormente, o que torna a autorização de funcionamento de novas unidades de

<sup>12</sup> O Decreto-lei n. 29/2006 determina a separação jurídica e patrimonial entre a atividade de transporte e quaisquer outras do setor elétrico ao afirmar, em seu art. 25, 2, e que “Nenhuma pessoa singular ou colectiva pode deter, directamente ou sob qualquer forma indirecta, mais de 10% do capital social do operador da RNT, ou de empresa que o controle” e na alínea seguinte do mesmo artigo e item (25, 2, f) implementa uma maior restrição ao afirmar que “A limitação imposta na alínea anterior é de 5% para as entidades que exerçam actividades no sector eléctrico, nacional ou estrangeiro”.

<sup>13</sup> A diretiva 2003/54 CE é conhecida também como “segundo pacote” do setor elétrico que veio aprofundar as liberalizações do mercado de energia iniciados pela diretiva 96/92 CE (conhecida também como “primeiro pacote” que se notabilizou pela quebra dos monopólios energéticos para a formação do livre mercado europeu de energia) e também destinou uma especial atenção a temas como obrigações de serviço público (atividades obrigatórias a serem desempenhadas pelo atores do mercado elétrico, independentemente da aferição de lucro) e proteção dos consumidores.

produção por parte deste serviço estatal um ato complexo), são eles:

a) o contributo do pedido para a concretização dos objetivos da política energética, em especial no âmbito da promoção da segurança do abastecimento, tendo em vista a diversificação das fontes primárias de energia; b) o contributo do pedido para a concretização dos objetivos da política ambiental, nomeadamente os decorrentes do Protocolo de Quioto e o controlo de emissão de substâncias acidificantes; c) a quota de capacidade de produção de eletricidade em regime ordinário detida pelo interessado em 31 de Dezembro do ano anterior ao da apresentação do pedido, no âmbito do mercado ibérico de eletricidade, a qual não pode ser superior a 40%; d) a existência de condições de ligação à rede pública adequadas à gestão da sua capacidade de recepção de eletricidade; e) as tecnologias de produção, tendo em conta a sua contribuição para os objetivos da política ambiental e para a flexibilidade da operação do sistema elétrico; f) a fiabilidade e a segurança da rede elétrica, das instalações e do equipamento associado, nos termos previstos no Regulamento da Rede de Transporte e no Regulamento da Rede de Distribuição; g) o cumprimento da regulamentação aplicável à ocupação do solo e à localização, à utilização do domínio público e à proteção da saúde pública e da segurança das populações; h) as características específicas do requerente, designadamente a sua capacidade técnica, económica e financeira.

Observando os critérios a serem observados pela DGEG na concessão das licenças, algumas reflexões devem ser tecidas no presente momento.

A licença é classicamente um ato “unilateral pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos [...] a Administração não pode negá-la” (MELLO, 2009, p. 432), este conceito em si explicita o caráter de ato administrativo vinculado que a licença possui e, sendo uma ação sem margem discricionária por parte da Administração, o requisitos deveriam notabilizar-se pela objetividade na explicitação de seu conteúdo, coisa que não acontece ao falarmos das licenças para a produção de energia elétrica em Portugal na sistemática elaborada pelo Decreto-lei n. 172/2006.

O já referido dispositivo legal, que menciona os critérios a serem observados pela DGEG na atribuição das licenças, cria um *mix* entre requisitos vinculados e discricionários, tornando um labor complexo definir a natureza jurídica da licença em si, que escapa da clássica dualidade entre vinculação e discricionariedade presente no direito administrativo tradicional.

Por um lado, verifica-se a coexistência dentre os requisitos listados no Decreto-lei n. 172/2006 tanto de critérios que podem ser atribuídos a atos vinculados, vez que sua determinação quanto ao atendimento ou não passam por uma série de apreciações essencialmente objetivas (quota de capacidade de produção de eletricidade em regime

ordinário detida pelo interessado em 31 de Dezembro do ano anterior ao da apresentação do pedido, no âmbito do mercado ibérico de eletricidade, a qual não pode ser superior a 40%; existência de condições de ligação à rede pública adequadas à gestão da sua capacidade de recepção de eletricidade; fiabilidade e a segurança da rede elétrica, das instalações e do equipamento associado, nos termos previstos no Regulamento da Rede de Transporte e no Regulamento da Rede de Distribuição; cumprimento da regulamentação aplicável à ocupação do solo e à localização, à utilização do domínio público e à proteção da saúde pública e da segurança das populações; características específicas do requerente, designadamente a sua capacidade técnica, económica e financeira) quanto de critérios nos quais é aberta uma larga liberdade de decisão à Administração com base em apreciações necessariamente subjetivas, característica esta que é ínsita aos atos administrativos de natureza discricionária (contributo do pedido para a concretização dos objetivos da política energética, em especial no âmbito da promoção da segurança do abastecimento, tendo em vista a diversificação das fontes primárias de energia; contributo do pedido para a concretização dos objetivos da política ambiental, nomeadamente os decorrentes do Protocolo de Quioto e o controlo de emissão de substâncias acidificantes; as tecnologias de produção, tendo em conta a sua contribuição para os objetivos da política ambiental e para a flexibilidade da operação do sistema elétrico).

Daí que dentre os requisitos objetivos e subjetivos existentes no decreto-lei n. 172/2006 “não se pode deixar de se concluir que o legislador atribuiu a este serviço público [DGEG] sujeito à direção do Governo uma margem livre de decisão alargada” (MIRANDA, 2008, p. 130), uma vez que mesmo atendidos todos os requisitos objetivos exigidos pelo diploma legislativo, o pedido de licenciamento poderá vir a ser denegado com base nos critérios subjetivos de julgamento elencados na legislação de regência, fato este que desperta uma necessária reflexão sobre a determinação da natureza jurídica destas licenças, já que uma análise superficial indica que tais licenças de produção não podem ser enquadradas no conceito estrito de licença como ato administrativo vinculado, bem como não podem ser classificadas como simples “ato unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta o exercício de atividade material” (MELLO, 2009, p. 432) (que implicaria em atribuir a este ato administrativo a natureza de autorização e não de licença).

Finalizando as questões ligadas de forma específica às licenças de produção,

juntamente com a impossibilidade – num primeiro momento de determinação de sua natureza jurídico-administrativa – a mesma constitui-se como um ato administrativo complexo que, além do atendimento aos requisitos específicos do Decreto-lei n. 172/2006, submete-se ainda à concessão de outras espécies de licenças (ambientais, instalações elétricas) em ambientes externos à Direção Geral de Energia e Geologia.

Sobre o procedimento para a emissão da licença de produção, a regulamentação encontra-se também presente no Decreto-lei n. 172/2006 (art. 8º e seguintes) e um ponto no mínimo inusitado é o fato de que (com exceção das licenças que tenham por objetivo o aproveitamento hidroelétrico) os pedidos de licenciamentos só podem ser apresentados junto ao órgão competentes na primeira quinzena de janeiro, maio e setembro de cada ano (art. 8º, 2 do Decreto-lei n. 172/2006), pedidos estes que devem estar acompanhados com os documentos listados no art. 8º, 3 da referida legislação de regência<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Artigo 8.º

Instrução do pedido de atribuição de licença de produção

[...]

3 - O pedido referido nos números anteriores deve ser instruído com os seguintes elementos:

- a) Identificação completa do requerente;
- b) Declaração, sob compromisso de honra, do requerente de que tem regularizada a sua situação relativamente a contribuições para a segurança social, bem como a sua situação fiscal;
- c) Projecto do centro electroprodutor e os demais elementos estabelecidos no anexo I do presente decreto-lei, que dele faz parte integrante;
- d) Informação sobre a existência de capacidade de recepção e as condições de ligação à rede quando o requerente pretenda ligar-se à rede pública;
- e) Cronograma das acções necessárias para a instalação do centro electroprodutor, incluindo a indicação do prazo de entrada em exploração;
- f) Declaração de impacte ambiental (DIA) favorável ou condicionalmente favorável e parecer de conformidade com a DIA, quando exigíveis nos termos do respectivo regime jurídico, ou, se for o caso, comprovativo de se ter produzido acto tácito favorável conforme o previsto no mesmo regime jurídico;
- g) Licença ambiental, quando exigível, nos termos do respectivo regime jurídico;
- h) Título de emissão de gases com efeito de estufa ou decisão de exclusão temporária do regime de comércio de emissões, quando exigíveis, nos termos do regime jurídico aplicável;
- i) Prova do cumprimento da obrigação de notificação e cópia do relatório de segurança, nos termos do Decreto-Lei n.º 164/2001, de 23 de Maio, quando exigíveis;
- j) Parecer favorável sobre a localização do centro electroprodutor emitido pela comissão de coordenação e desenvolvimento regional territorialmente competente, quando o projecto não esteja sujeito ao regime jurídico de avaliação de impacte ambiental;
- l) Perfil da empresa requerente, dos sócios ou accionistas e das percentagens do capital social detido, quando igual ou superior a 5%, elementos demonstrativos da capacidade técnica, económico-financeira e experiência de que dispõe para assegurar a realização do projecto, bem como o cumprimento das obrigações legais e regulamentares e as derivadas da licença;
- m) Quando o centro electroprodutor a instalar seja explorado mediante a utilização da rede pública, os elementos referidos na alínea anterior devem ser complementados com informação detalhada e elucidativa da quota de capacidade de produção de electricidade detida pelo requerente, nos termos do artigo 6.º, bem como declaração, sob compromisso de honra, de que aquando do pedido não se encontra abrangido pelo disposto na alínea c) do n.º 1 do mesmo artigo, ou, estando abrangido, em que medida lhe é o mesmo aplicável, indicando as medidas que se propõe tomar para os efeitos do disposto no n.º 2 do artigo anterior.

Finalizado o procedimento administrativo que visa emissão da licença para produção elétrica, deve constar na mesma a identificação completa do titular, as características do centro produtor, o prazo da licença e o conjunto de obrigações às quais o produtor se sujeita durante a vigência da licença (art. 15 do Decreto-lei n. 172/2006) e a transmissão da mesma depende de prévia autorização por parte do órgão emissor da licença, neste caso a DGEG.

### 3 VINCULAÇÃO OU DISCRICIONARIEDADE?

Ao analisarmos as licenças para produção de energia elétrica emitidas pela DGEG em Portugal, constatou-se que apesar da nomenclatura de *licença*, seus requisitos envolvem tanto elementos vinculados (objetivos) quanto discricionários (subjctivos), esses últimos elementos não se adéquam com a clássica dogmática dos atos administrativos, a partir da qual estes podem ser usualmente classificados com base em sua natureza vinculada (sem margem de apreciação subjetiva pela Administração) ou discricionária (onde há um largo espaço de apreciação subjetiva e liberdade, por meio do julgamento de conveniência e oportunidade, por parte da Administração). Com o escopo de determinar a natureza jurídica da licença de produção elétrica, faz-se necessário adentrar no debate sobre estes dois conceitos clássicos do direito administrativo, a vinculação e a discricionariedade.

#### 3.1 VINCULAÇÃO

A vinculação do Estado-administração remonta ao nascimento das bases clássicas do direito administrativo moderno, a partir do qual a Administração pública (na transição entre Estado absoluto e Estado de direito formal) sofre uma substancial alteração e passa a ser determinada não pelos desígnios individuais do governante, mas sim pelo conteúdo das leis (estas entendidas como racionalização da *volonté de tous* na *volonté général*), criando um

---

4 - Tratando-se de centros hidroelétricos, o pedido deve ainda ser instruído com certidão do título de utilização do domínio hídrico atribuído pela administração da região hidrográfica competente, autorizando a utilização dos recursos hídricos para o fim pretendido, estando dispensada a apresentação do parecer de localização previsto na alínea j) do número anterior.

ambiente de segurança jurídica e proteção da confiança<sup>15</sup>.

Desta forma, a vinculação da administração concebe-se como direto antagonista do perfil voluntarista da Administração pública no paradigma do absolutismo político (tanto em sua fase contratual como na consolidação do poder central que veio a ser conhecida como *Polizeistaat*), que passou a rejeitar a constante mutação dos desígnios administrativos e conferiu maior estabilidade aos administrados com a adoção de um regime jurídico-administrativo específico não mutável de acordo com as vontades dos que viessem a ocupar o poder, tal regime surge como corolário do princípio jurídico da igualdade (em sua acepção formal) e da legalidade da administração; ou, de forma mais abalizada poderíamos afirmar categoricamente que o princípio da legalidade é uma peça basilar do Estado de direito e a sua “preocupação tem sido desde o fim do século XVIII, em última análise a outorga de uma garantia ao cidadão contra o arbítrio do administrador” (SOARES, 1981, p. 169).

Mas, em termos gerais, como podemos traçar um perfil dogmático da vinculação da Administração pública?

Os atos vinculados são assim chamados porque sua prática encontra-se tipificada na lei e os agentes públicos, ao executá-los, não possuiriam nenhuma margem de liberdade, já que o espectro de ação estaria claramente delineado nos ditames da estrita legalidade da Administração pública.

Apesar da contraposição entre a objetividade da vinculação e da subjetividade da discricionariedade, “não há, realmente, ato algum que possa ser designado, com propriedade, como ato discricionário, pois nunca o administrador desfruta de liberdade total” (MELLO, 2009, p. 429) (voltaremos a este ponto ao abordarmos as questões ligadas ao conceito de discricionariedade).

Contudo, a passagem do Estado de concepções formalmente legalistas (tipicamente associada à primeira fase do liberalismo político e ao positivismo jurídico) rumo a visões voltadas à legalidade material e, posteriormente, com o trânsito do Estado de legalidade rumo ao Estado como agente de regulação econômica e, mais além, como incentivador/ativador promove uma crise na ideia de vinculação, vez que se observa claramente a retração do princípio da legalidade (base metodológica do conceito de ato vinculado).

Com o aparelho administrativo assumindo hoje uma postura muito mais ligada à

<sup>15</sup> Sobre a segurança jurídica e proteção da confiança em suas acepções clássicas (CANOTILHO, 2003).

regulação, incentivo/ativação e consecução de objetivos, é possível falarmos de uma quebra (ou retração) do princípio da legalidade dentro da função administrativa do Estado tendo em mente que as ações deste passam de um estrito cumprimento (nada além disso) dos mandamentos contidos na lei rumo ao que poderíamos denominar de um retrocesso do clássico princípio da legalidade “e a ver-se substituído por um ‘princípio de autonomia funcional da Administração’” (GONÇALVES, 2006, p. 552).

Desta forma, a transformação do princípio da legalidade administrativa (que é conteúdo material dos atos administrativos vinculados) implica na substituição da ideia de ação administrativa em estrito cumprimento dos mandamentos legais (legalidade formal) pela ideia de legitimidade rumo a uma ‘administração de resultados’ na qual a modificação do caráter sistêmico da Administração pública implicaria necessariamente a transformação da máquina administrativa num grande controlador de resultados/objetivos rumo a um perfil de controle finalístico da administração estatal, sendo possível afirmar, ainda, que os “critérios fundamentais para aferir do bom funcionamento da máquina administrativa se reconduzem à *eficácia* e à *eficiência* e não já ou não tanto ao cumprimento pontual e estrito das prescrições legislativas” (GONÇALVES, 2006, p. 553), sendo muito mais importante em falar em ‘legalidade dos resultados’ na tarefa a ser cumprida pela administração (consecução de determinados objetivos sociais) do que a sujeição aos mandamentos legais e, juntamente com a legalidade dos resultados obtidos pelo aparelho administrativo deve-se também ter em vista a legitimidade dos meios utilizados para o atingimento das metas, sendo possível falarmos de uma ‘legalidade principiológica’ dentro da Administração pública onde a mesma não estaria sujeita apenas a regras específicas, mas sim a princípios e diretivas gerais para a condução de ações que assegurariam objetivos específicos, não sendo excessivo falar que “as tendências que se detectam, afigura-se praticamente inevitável o caminho para um sistema em que, de modo cada vez mais generalizado, a lei se vai limitar a definir os *objectivos públicos* e os *resultados* a atingir, confiando à Administração Pública uma ampla liberdade de escolha das medidas que, em concreto, se mostrem *adequadas, eficazes e eficientes* para a produção dos efeitos desejados” (GONÇALVES, 2006, p. 553).

Ao vislumbrar tal retração do princípio da legalidade (ou sua falência se fizermos uma aposta mais radical) dentro da prática administrativa, abre-se a possibilidade de

‘discricionarização’ dos atos vinculados uma vez que, com esse novo perfil administrativo do Estado, a legalidade diminua seu papel a apenas fixar objetivos a serem atingidos pela máquina pública (controle legal finalístico), contudo, apesar da legalidade em sua acepção clássica sofrer uma retração, não significa que a máquina estatal tenha total liberdade para a consecução de suas tarefas e objetivos, uma vez que, na renovação do direito administrativo, juntamente com a ideia de legalidade dos resultados acompanha esta a legitimidade dos meios utilizados para alcançar os objetivos determinados legalmente, ou seja, além do parâmetro da legalidade dos objetivos, a legitimidade dos meios surge como outra variável de controle dos atos da Administração pública, suprindo tais critérios o mesmo objetivo de controle que a legalidade da administração (e vinculação de seus atos à lei) sempre cumpriu.

Não obstante essa retração da clássica compreensão do princípio da legalidade, isto não implica que a administração seja totalmente livre para agir da forma que melhor lhe aprouver como se um particular fosse, a legalidade quanto aos fins e a legitimidade quanto aos meios selecionados explicita claramente que o Estado continua a agir de forma vinculada, mesmo que de forma diferente da clássica ideia de vinculação da Administração pública criada a partir do século XIX.

Além da modificação do conceito de legalidade – que se conecta diretamente com a vinculação da Administração que é um dos seus efeitos – outra característica muito importante avizinha-se da ideia de vinculação da máquina estatal que é o reforço do poder regulamentar da máquina gerencial estatal.

Sendo possível observar que a retração do princípio da legalidade “passa, desde logo, pela *autocontenção* do legislador e pela devolução às entidades reguladoras de significativos poderes de *regulamentação normativa*” (GONÇALVES, 2006, p. 535), fica claro que apesar da legalidade em sentido formal-positivista sofrer uma retração na atualidade, a legalidade em sentido material apresenta um significativo incremento no âmbito do direito administrativo, vez que além do binômio legalidade dos fins/legitimidade dos meios surge também como parâmetro de controle e variável de vinculação das ações administrativas o reforço regulamento/poder regulamentar do direito administrativo.

Já que a legislação que vem a definir os fins/objetivos a se alcançar por meio dos atos perpetrados pela Administração, fins estes definidos de maneira geral por meio de uma legislação principiológica, evidencia-se uma maior autonomia (que não redundará em ausência de controle) dos órgãos de execução para definir regulamentos normativos

(expedidos com fundamento legal) as ações administrativas, regulamentos estes que se sujeitam aos controles de legalidade, legitimidade e constitucionalidade ante sua evidente natureza normativa.

Com este novo conceito de vinculação/legalidade da Administração, o que se pode refletir sobre as licenças para produção de energia elétrica?

Embora os requisitos para a concessão das licenças em questão tenham um claro objetivo de transparecer um ato tipicamente vinculado (em seu sentido mais usual) e seja possível observar a já mencionada retração do princípio da legalidade e garantia de uma maior margem de ação do aparato administrativo, não acreditamos ser possível caracterizar este ato de concessão de licenças de produção elétrica como vinculado ante a clara mistura entre requisitos vinculados com discricionários, tal amalgamação será um claro fundamento para a caracterização de uma espécie de ato administrativo que não se enquadra nas diretivas clássicas deste ramo do direito público.

### 3.2 DISCRICIONARIEDADE

Uma das formas contrapostas de ação administrativa à vinculação são os atos discricionários. Da mesma forma que classicamente os atos administrativos vinculados caracterizam-se pela inexistência de liberdade da Administração na execução de ações, uma vez que a lei (ou no caso de pesarmos no sentido da retração do princípio da legalidade da administração, o regulamento administrativo ou outros parâmetros de controle que possam vir a ser utilizados no intuito de reduzir a liberdade administrativa) fixa tanto os objetivos a atingir, os instrumentos da prática e também a forma como as ações administrativas devem ser externadas; a face contraposta da vinculação da Administração é a discricionariedade.

Ao falarmos de discricionariedade, muitas vezes, surge a errônea compreensão de que ela enseja a liberdade da Administração na prática de atos administrativos, tal compreensão encontra-se equivocada, vez que, apesar de nos atos com conteúdos denominados discricionários existir certa margem de liberdade na execução de certas ações, “não há *ato propriamente discricionário*, mas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos [...] porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, [...] será sempre

vinculado com relação ao *fim* e à *competência*, pelo menos” (GONÇALVES, 2006, p. 424), ou seja, de tal raciocínio é possível inferir a inexistência de uma ação totalmente discricionária (como a de um particular) por parte da Administração pública, ficando claro falar que em “todos os actos administrativos existem momentos de vinculação e de discricionariiedade: não há actos absolutamente discricionários [...] nem actos absolutamente vinculados [...] daí a afirmação que toda actividade administrativa é um *continuum* entre vinculação e discricionariiedade” (DIAS, 1999, p. 372).

Dependendo do ato a ser praticado pelo aparelho administrativo, teremos momentos de maior ou menor discricionariiedade. Dentro de uma dogmática administrativa dessa particularidade (uma vez que esta é apenas um capítulo à parte das várias modalidades de discricionariiedade jurídica), é necessário analisar tanto os momentos nos quais ela é tão somente uma complementação dos mandamentos da legislação (ou outros instrumentos normativos) quanto às situações em que “ao agente se pede não tanto que complemente, mas, antes, que *crie*, em sede applicativa, os pressupostos de facto inexistentes da norma jurídico-administrativa” (OLIVEIRA, 2011, p. 39).

Alguns eixos temáticos ficam bastante claros ao falar de discricionariiedade administrativa, “por um lado, permite reivindicar a existência de um espaço próprio de avaliação administrativa, imune à interferência dos restantes poderes estaduais; por outro lado, viabiliza que se destaque a ineliminável observância das exigências jurídicas (corporizadas, desde logo, nos princípios) de que a Administração se não pode abstrair, mesmo quando atua no exercício de poderes discricionários” (MONIZ, 2012, p. 600).

O conceber a discricionariiedade administrativa como uma ação relativamente livre da Administração pública instituída como decorrência de uma competência legalmente fixada, ao falar sobre a mesma, necessariamente, deve-se fazer referência a classificações de natureza normativa.

Em termos de normatividade, podemos observar a discricionariiedade em relação ao âmbito das consequências jurídicas das normas administrativas, ou seja, a compreensão da discricionariiedade administrativa como uma “margem de volição para escolher entre a adopção (ou não) de uma consequência jurídica ou a adopção de uma entre várias em aplicação de uma norma de estrutura condicional” (OLIVEIRA, 2011, p. 43-44), desta concepção extrai-se que o entendimento de tal poder da Administração pública existe quando a) existir, por parte do agente administrativo, uma escolha de atuação ou decisão, alternativa

criada pela própria norma habilitadora; b) quando a competência discricionária institui à Administração “a *possibilidade* ou o *dever* de escolher uma de entre várias soluções alternativas postas perante si” (OLIVEIRA, 2011, p. 44) e c) quando das várias consequências das quais pode a Administração escolher (igualmente ao item anterior), não há uma determinação normativa prévia sobre o conteúdo da consequência, existindo uma maior margem de liberdade de escolha.

Ao falarmos de discricionariiedade administrativa em relação às consequências jurídicas fica clara uma grande margem de escolha à Administração pública somente no tocante à consequência jurídica, pois os pressupostos das consequências são determinados previamente pela norma habilitadora desse tipo de competência, ou seja, a discricionariiedade nesta modalidade diz respeito a uma escolha derivada da “indeterminação das consequências jurídicas das normas jurídico-administrativas” (OLIVEIRA, 2011, p. 45).

Uma segunda ‘dimensão’ da discricionariiedade administrativa defende que a indeterminação das normas jurídico-administrativas (recurso a conceitos jurídicos indeterminados ou vagos) cria um espaço de decisão administrativa autônoma tanto em relação aos pressupostos da norma quanto às consequências a serem adotadas pela Administração pública, criando verdadeiras margens de decisão administrativa discricionária, ou seja, existiriam indeterminações conceituais que criariam margens de indeterminações a ser vencidas pelo intérprete administrativo.

Este entendimento dessa qualidade de determinadas ações estatais cria uma margem extremamente alargada de apreciação subjetiva pela Administração (uma vez que a liberdade de eleição acontece tanto nos pressupostos quanto nas consequências) e irá exigir técnicas de concretização objetivamente seguras<sup>16</sup>.

Por fim, há uma última ‘dimensão’ dessa classificação normativa, aquela na qual a liberdade de escolha diz respeito apenas aos pressupostos das normas jurídico-administrativas, ou seja, que a “discricionariiedade constitui um fenômeno exclusivamente derivado da indeterminação (*lato senso*) do pressuposto de facto normativo” (OLIVEIRA, 2011, p. 54).

<sup>16</sup> Como exemplo delas, veja-se o processo gradual da interpretação concretizadora-determinante em Duarte (1987, p. 27). A autora propõe que, no caso de a legislação fazer recurso a conceitos jurídicos indeterminados, a discricionariiedade seja mitigada por meio de uma interpretação gradual que inclui: a) interpretação definitiva, b) interpretação teórico-jurídica ou hipotética, c) subsunção hipotética e d) subsunção prática.

Por meio desta compreensão, observa-se claramente que os fins e os pressupostos da atividade administrativa encontram-se (ou deveriam encontrar-se) plenamente delimitados pela atividade legislativa (em sentido formal ou material), no entanto o fato de que os pressupostos da atividade administrativa foram consubstanciados imperfeitamente (de forma deliberada ou não) dará ensejo a uma competência discricionária da Administração, ou seja, surge como “habilitação à Administração para *completar*, ou inclusive *criar*, em sede aplicativa, o pressuposto de facto imperfeito (ou inexistente) de uma norma jurídico-administrativa” (OLIVEIRA, 2011, p. 55), nesta concepção dos poderes discricionários da Administração, evidencia-se de forma bastante clara a função da mesma como válvula de escape da tensão criadora do direito, tal como a jurisdição “cabendo-lhe modelar o conteúdo do ato à luz das particulares circunstâncias da situação decidenda, dentro do quadro delineado pelos fins heteronomamente definidos pelo legislador” (MONIZ, 2012, p. 604).

Deve-se salientar, ainda, que apesar da discricionariedade em si imprimir a formação de uma vontade, a mesma não se constitui como um desígnio psicológico, mas sim normativo voltado para a consecução de objetivos específicos (o que já exclui a formação de uma razão estratégica no conteúdo da discricionariedade administrativa). Desta forma, exige-se que na formação de tal vontade exista a “fixação dos fins a atingir, para, em seguida, recolher as informações pertinentes sobre a verificação dos pressupostos, de modo a formular as alternativas de escolha e, por fim, após a devida ponderação, optar pela medida viável para a solução do caso concreto” (MONIZ, 2012, p. 605).

Contudo, da mesma forma que a ideia de vinculação/legalidade da Administração sofreu considerável modificação nos tempos atuais, também é justo refletir sobre eventuais alterações no perfil da discricionariedade na atualidade.

Ante a evidente normatividade dos atos da administração pública como forma de realização do direito (ao lado da jurisdição), evidencia-se mais e mais que a normatividade consubstanciada no exercício da competência discricionária é um ato de julgamento, não um ato de vontade (contraposição entre *Dezision* – a decisão voluntariosa, ato de vontade – e *Entscheidung* – a decisão construída com base em critérios que a torna um ato fundado no conhecimento e necessidade), fato que torna mais explícito o conceito de discricionariedade como escolha racional de alternativas que estejam aptas a satisfazer o interesse público previamente determinado.

Contudo, ante a quebra/retração do princípio da legalidade no âmbito da

Administração pública, há uma real possibilidade do desaparecimento da discricionariedade como conceito global do direito administrativo?

Ao falarmos da vinculação administrativa, deixamos bastante claro o fenômeno da retração do princípio da legalidade e, em seu lugar, surgiria uma versão *soft* do mesmo, baseada não na estrita legalidade na qual as atividades administrativas sempre se fundaram, mas já na adoção de princípios no âmbito da atuação administrativa para garantir maior liberdade ao aparato estatal, passando a legalidade a atuar apenas na definição dos objetivos a serem alcançados e na legitimidade dos meios a utilizar em tal consecução. Daí poder-se-ia afirmar de uma *discricionarização* da função administrativa ou ainda, levando em consideração a quebra do conceito de legalidade formal, uma redução da discricionariedade administrativa a zero, já que a atuação típica da Administração pública seria transformada a níveis de garantia de maior liberdade de ação com controles finalístico-estratégicos quanto aos objetivos a atingir, a legalidade de tais objetivos e a legitimidade dos meios instrumentalizados pela ação administrativa numa clara evidência de, por um lado, da liberalização da ação administrativa por meio de controles por meio de diretrizes (*Ermessensdirektiven*) e limites (*Etmessensschränken*) desta num claro relevo de uma atuação administrativa mais livre, como se fosse mais discricionária do que vinculada, havendo claramente a tentativa de redução do clássico conceito administrativo de discricionariedade por meio da autocontenção da Administração decorrente de poder normativo de autorregulamentação (ao que já nos referimos anteriormente ao falar da vinculação e do poder normativo-regulamentar da Administração como forma de retração da legalidade formalmente considerada) da mesma por meio das diretivas de discricionariedade (*Ermessensrichtlinie* ou *ermessensienkende Vorschriften*, em si regulamentos administrativos)<sup>17</sup>.

Por fim, ao finalizar esta breve digressão sobre a discricionariedade administrativa, falemos sobre as licenças para produção de energia elétrica e uma eventual possibilidade de determinar uma natureza discricionária neste ato estatal.

Ao contrário das licenças (classicamente um ato administrativo vinculado), quando a prática de certa atividade por um particular depende de um aval estatal de natureza

<sup>17</sup> Sobre o conceito das chamadas diretivas de discricionariedade (MONIZ, 2012, p. 615).

discricionário, tal ato administrativo denominar-se-á autorização e terá um caráter precário (MELLO, 2009).

Por este simples detalhe já poderíamos descartar a possibilidade de caracterização da natureza jurídica das licenças de produção elétrica como ato discricionário, vez que as mesmas não são concedidas de forma precária (os artigos 23, 24 e 25 do Decreto-lei n. 172/2006 abordam a possibilidade de extinção das licenças). Contudo, analisando os próprios requisitos para a concessão das licenças, tal qual como aconteceu no exame de classificação de tais licenças como atos vinculados, não obstante a existência de normas habilitadoras muito próximas a autorizações normativas que permitem uma ação discricionária da Administração, há também requisitos vinculados de natureza essencialmente técnica que não permitem uma margem de julgamento subjetivo por parte do órgão responsável pela emissão das licenças, o que já descartaria a possibilidade de caracterização de tais licenças como atos discricionários da Administração pública.

#### 4 ATO *SUI GENERIS*?

Desde o início da presente investigação abriu-se a possibilidade de que as licenças de produção elétrica não fossem nem atos vinculados, muito menos discricionários. Na análise do perfil dogmático destes dois institutos (a vinculação e a discricionariedade) foi possível apercebermo-nos que, apesar dos requisitos listados no Decreto-lei n. 172/2006 reunir tanto elementos vinculados como discricionários, não era possível definir de forma categórica em qual categoria de atos administrativos tais licenças poderiam ser enquadrados.

De certa forma, desde o início do breve estudo tinha-se em mente que as licenças em questão não obedeceriam à taxonomia clássica presente no direito administrativo, exigindo um esforço intelectual para determinar sua real natureza jurídica e indo além da indeterminação já sugerida no título do trabalho de atos *sui generis*, que claramente fecharia o círculo, mas de forma não satisfatória ante a vagueza conceitual que tal sintagma encerra em si.

Contudo, antes de revelar a categoria na qual tais licenças podem finalmente ser classificadas, faz-se necessário expor algumas questões importantes, uma vez que tal classificação surge não sob as clássicas estruturas funcionais do clássico direito administrativo, mas sim sob o novo manto conceitual que o direito administrativo tem

apresentado sob o paradigma de sua europeização e alteração de velhas concepções basilarmente sedimentadas em tal ramo do direito.

#### 4.1 NOVAS BASES METODOLÓGICO-CONCEITUAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O direito administrativo, em sua clássica base ítalo-francesa e óbvios reflexos no direito público alemão, sempre foi compreendido como uma série de sujeições que o Estado (dotado de uma vasta gama de ‘poderes’) tinha a possibilidade de impor aos particulares com o escopo de atingir a satisfação do interesse público, este uma categoria nebulosa e dificilmente caracterizável.

Contudo, a “crescente abertura da estadualidade, decorrente da integração do Estado em ‘constelações jurídicas pós-nacionais’” (SILVA, 2010b, p. 11) tem contribuído para uma crescente erosão dos clássicos conceitos do direito administrativo que não têm conseguido acompanhar a velocidade de tendências como sociedade do risco, a sociedade de informação, o Estado-prevenção, o Estado cooperativo e a progressiva privatização das ações administrativas como um todo<sup>18</sup>. Mas, uma coisa é certa, dentro do panorama europeu como um todo dois elementos são essenciais para compreender a necessidade de refundação das bases metodológicas do direito administrativo, “1) o progresso da integração dos Estados membros da Comunidade Europeia e de seus ordenamentos: europeização; 2) os desenvolvimentos gerais da sociedade e do Estado e as necessidades de mudanças governamentais decorrentes que disto [da europeização] derivam” (SCHMIDT-AßMANN, 1997, p. 27-28), visto que a integração europeia impõe a abertura dos Estados-membros ao direito administrativo europeu em detrimento de seus ordenamentos administrativos internos que sofrem uma sensível diminuição (para não falarmos em extinção) em prol da criação de uma uniforme máquina administrativa europeia (SCHMIDT-AßMANN, 1997; QUADROS, 2001).

Em termos gerais (uma vez que abordar o câmbio metodológico do direito administrativo não é o objetivo central deste estudo) o que se observa é a migração deste ramo

<sup>18</sup> Para um panorama mais aprofundado destas novidades no âmbito estatal e suas repercussões dentro do direito administrativo (SCHMIDT-AßMANN, 1997).

do direito para um regime mais flexível no intuito de “imprimir um caráter funcional às normas jurídico-administrativas, as quais passaram a ter de se ‘fundamentar’ em critérios de eficiência” (SILVA, 2010, p. 35), característica esta garantida pela criação de agências com amplos poderes regulatórios e normativos, numa clara evidência da influência do regime administrativo anglo-saxão no sistema continental de tal ramo.

#### 4.2 A NATUREZA *SUI GENERIS* DAS LICENÇAS OU O PSEUDO ATO ADMINISTRATIVO

Após esta breve digressão sobre as modificações estruturais do direito administrativo (quase como um *overture*), é chegado o momento de retirada da máscara que existe sobre as licenças para produção de energia elétrica e revelar sua verdadeira natureza jurídica.

Ao observar de forma mais detida a narrativa do setor elétrico desde as nacionalizações de 1975 (que dariam origem a EDP no ano seguinte) até as liberalizações de mercado promovidas pela União Europeia pelas diretivas 92/96 e 2003/54 (acompanhadas das respectivas transposições ao ordenamento positivo português) fica bastante clara a modificação do ente estatal que passa de ator direto (nacionalizando e criando um monopólio em razão da importância estratégica do setor elétrico) ao papel de regulador/incentivador do de tal setor.

No âmbito das modificações estruturais operadas no setor no espaço de cerca de duas décadas vislumbra-se que tais mudanças radicam-se na ideia de “instalação de novas unidades de produção que utilizem tecnologia mais eficiente e menos poluente” (SILVA, 2008, p. 283), uma vez que o Estado não pode mais por si mesmo construir esse binômio de eficiência e preservação ambiental, resta, para ele, tentar dirigir o setor elétrico na busca de atingir determinados objetivos específicos presentes num plano energético, daí que surge a necessidade de regular o acesso ao mercado de produção elétrica segundo as conveniências da realização de tal plano, assumindo a partir de então um grande relevo as licenças para produção de energia elétrica que, embora constitua-se como uma atividade regida pelas regras de livre mercado, no qual a qualquer um é facultado o acesso a esta atividade econômica, a autorização estatal e seus requisitos específicos vão cumprir um importante papel para atingir os objetivos da política energética estatal sem deixar de lado figuras como a liberdade de

implantação de centrais de produção, mas subordinando tais implantações ao prévio controle de acordo com critérios objetivos, transparentes e não discriminatórios<sup>19</sup>.

Apesar de sua caracterização como ato administrativo, as licenças para produção de energia elétrica não podem assim ser classificadas ou, quando muito, podemos denominá-las como “*falsos actos administrativos* ou *actos administrativos fictícios*” (SILVA, 2010, p. 73), pois, embora tentem revestir-se sob o manto de clássico ato administrativo, chegando próprio Decreto-lei n. 172/2006 adotar a nomenclatura de licença (como dissemos anteriormente, tradicionalmente um ato administrativo vinculado), constitui-se na verdade como um *ato de regulação econômica* revestido de uma permissão estatal para o exercício de uma atividade.

Como já referido diversas vezes, os requisitos listados no art. 6º do Decreto-lei n. 172/2006 consistiam numa verdadeira mistura entre exigências vinculadas de natureza eminentemente técnicas e discricionárias que claramente evidenciam uma apreciação subjetiva para a concessão da licença. Tal mistura não é fruto ocasional de uma técnica legislativa ruim ou equivocada, mas na verdade esta mistura entre vinculação e discricionariedade (em suas clássicas acepções) deve-se ao motivo de que “a sua função não é apenas (nem fundamentalmente) atestar da aptidão do requerente para o exercício da actividade, mas sim regular o acesso à actividade econômica em função de objetivos da política sectorial” (SILVA, 2010, p. 77).

Então, o que poderíamos denominar de ‘licença-reguladora’, longe de consistir num ato administrativo, na verdade é uma medida estatal de regulação fundada na ideia de direção (ou estruturação) de comportamentos privados como forma de cumprir objetivos finalisticamente determinados, ou seja, esta regulação direcionada busca “ver no direito um instrumento de direção idôneo, por mais que seus déficits em relação à eficácia devam ser analisados ou suas condições de efetividade melhoradas” (SCHMIDT-ABMANN, 1998, 2003). Daí se conclui que este prévio controle do Estado em relação ao acesso do mercado produtor de energia elétrica fundado tanto em requisitos técnicos quanto discricionários (ao avaliar no que este pedido contribui na consecução da política energética ou ambiental) busca “orientar a actividade a desenvolver pelo privado/requerente no sentido do cumprimento dos

<sup>19</sup> Critérios definidos no art. 6º, I da diretiva 2003/54/CE.

objectivos traçados para a *política pública da eletricidade*” (SILVA, 2008, p. 284).

Esta natureza jurídica regulatória (ou ato de direção de comportamento) das licenças de produção elétrica põe à luz o objetivo essencial do Estado com tais licenças que é não apenas acompanhar/tutelar as atividades importantes (ou estratégica, como é o caso da produção de energia elétrica) abertas ao setor privado, mas realmente criar (por meio da atividade regulatória) condições de acesso a um determinado mercado que possam satisfazer objetivos previamente determinados pela Administração pública, agindo esta como agente estruturadora e diretora dos comportamentos privados visando determinados objetivos e para isto tem de recorrer a construções e instrumentos administrativos não convencionais (pelo menos não na dogmática clássica do direito administrativo) que não obedecem aos usuais ditames da vinculação ou discricionariedade administrativa, visto que a regulação exercida pelo Estado condicionando uma prévia emissão de licença para o exercício desta atividade importa no uso deste *pseudo ato administrativo* (a licença de produção) instrumento destinado à orientação dos “comportamentos dos privados para a concretização do interesse público, o que deve reconduzir-se a uma categoria dogmática diferente da autorização administrativa” (SILVA, 2008, p. 286), não restando dúvidas que a ideia de direção como categoria estruturante da atividade administrativa impõe a necessidade de conformação das atividades de direito privado segundo os ditames estatais para a consecução dos objetivos definidos na política setorial, não sendo excessiva a possibilidade de falarmos em tais licenças de produção como uma espécie de ato administrativo que possa vir a orientar comportamentos privados para que sua harmonização auxilie o atingimento das metas previamente traçadas ao definir os objetivos do setor energético.

## 5 CONCLUSÃO

Ao finalizar este breve estudo sobre as licenças para produção de energia elétrica, algumas considerações devem ser tecidas sobre esta investigação sobre a natureza jurídica dos atos estatais já mencionados.

Ao falarmos das estruturas clássicas do tradicional direito administrativo e especificamente a vinculação e discricionariedade administrativas, traçando-se o perfil dogmático destes dois institutos, tanto na concepção mais conservadora do direito administrativo quanto em seu perfil mais vanguardista, se mostra impossível classificar as

licenças para produção de energia elétrica sob o manto de qualquer destes dois conceitos.

Pelo lado da vinculação, mesmo com a retração do princípio da legalidade e a garantia de uma maior autonomia das ações adotadas pela Administração, é impossível compreender as licenças para produção de energia elétrica como um ato vinculado, pois a necessidade de apreciação subjetiva de alguns requisitos presentes do Decreto-lei n. 172/2006 afasta as licenças da natureza jurídica de ato vinculado. Ao falarmos de retração da legalidade (e conseqüentemente do conceito de vinculação) administrativa não implica no desaparecimento de parâmetros de controle (o maior objetivo da vinculação da Administração à lei), pois embora não se tenha mais em mente ações administrativas pautadas no estrito conceito de legalidade formal, ainda persistem parâmetros materiais de controle administrativo por meio do poder normativo-regulatório da própria Administração, ou a fixação legal de objetivos a ser perseguidos pelo Estado, a legalidade de tais objetivos e a legitimidade dos meios mobilizados para a consecução de tais fins consistem em novas modalidades de vinculação da Administração para além da já obsoleta simples sujeição aos mandamentos formais das leis.

No que tange a uma natureza discricionária das licenças, melhor destino do que a tese da vinculação esta não encontrará. Por mais que alguns dos parâmetros definidos pelo Decreto-lei n. 172/2006 possam ser caracterizados por uma abertura de margem subjetiva de apreciação pela Administração pública, não se poderá falar em uma natureza discricionária das licenças de produção elétrica, pois, por mais que existam realmente elementos subjetivos em alguns dos requisitos para a emissão das licenças de produção, essa aparente margem de liberdade não pode ser entendida tão seguramente como discricionariedade administrativa, uma vez que esta margem de apreciação aberta pela legislação de regência é especificamente direcionada para a concretização de objetivos políticos específicos, quais sejam, a realização do plano de política energética definida pelo Estado, ficando clara aí uma espécie de vinculação, uma liberdade conferida com o único intuito de materializar um objetivo específico claramente delineado, fato este que frustra a caracterização de uma real discricionariedade administrativa nas licenças para produção de energia elétrica. Outro ponto que deve ser salientado é o fato de que a modificação no paradigma de vinculação da Administração pública à lei e a maior liberdade de conformação para que a mesma realize

determinados objetivos previamente delineados pode abrir as portas para uma reflexão da acentuada redução (ou até mesmo a possibilidade de eliminação) do conceito de discricionariedade administrativa.

Por fim, descortina-se a verdadeira natureza jurídica das licenças para produção de energia elétrica como verdadeiros atos de regulação.

A confusão na determinação da natureza jurídica de tais licenças deve-se ao fato de a mesma encontrar-se mascarada sob o véu de um ato administrativo em sua clássica designação, mas que de forma contraditória era muito fácil vislumbrar que ela não se enquadra nos clássicos esquemas dogmáticos da vinculação ou discricionariedade administrativos.

Desta forma, resta apenas salientar de forma indubitável da natureza de ato regulatório das licenças concedidas pela Administração pública como condição *sine qua non* para o ingresso no mercado produtor de energia elétrica. Fica evidente também que a mistura entre requisitos discricionários e vinculados para a concessão de tais licenças não é um mero acaso, mas na verdade foi o instrumento idôneo encontrado pelo Estado (em seu perfil mais puro de entidade reguladora, incentivadora e ativadora) para regular uma atividade econômica de forma a direcionar os comportamentos privados para a consecução de objetivos determinados previamente num claro recurso ao perfil ordenador e direcionador de um novo direito administrativo; ficando claro o importante papel que instrumentos estatais não vinculados com fins de direção podem exercer, mostra-se necessário repensarmos algumas figuras do direito administrativo como a vinculação e discricionariedade como são classicamente consideradas.

## REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed, Coimbra: Almedina, 2003.

DIAS, José Eduardo Figueiredo. OLIVEIRA, Fernanda Paula. **A discricionariedade administrativa**: *Scientia Iuridica*, Tomo XLVIII, n. 280-282, 1999.

DUARTE, Maria Luísa. **A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados**: Contributo para uma Análise da Extensão do Princípio da Legalidade. Lisboa: Separata do Boletim do Ministério da Justiça n. 370, 1987.

GONÇALVES, Pedro. Direito Administrativo da Regulação. In: **Estudos em Homenagem**

ao **Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, João. O Regime Jurídico de Acesso às Actividades de Produção e de Comercialização no Sector Energético Nacional. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado. **Temas de Direito da Energia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado. **Temas de Direito da Energia**. Coimbra: Almedina, 2008.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. A Discricionariedade Administrativa: Reflexões a partir da Pluridimensionalidade da Função Administrativa. **O Direito**, ano 144 n. 3, 2012.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. **A discricionariedade de planeamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa**. Coimbra: Almedina, 2011.

PORTUGAL. **Decreto-lei n. 101/2007**.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei n. 172/2006**.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei n. 29/2006**.

QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia: Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. **A nova dimensão do direito administrativo: O Direito Administrativo Português na Perspectiva Comunitária**. Coimbra: Almedina, 2001.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. Recenti Sviluppi del Diritto Amministrativo Generale in Germania. **Diritto Pubblico**, n. 1, 1997.

\_\_\_\_\_. **Das allgemeine verwaltungsrecht als ordnungsidee**. Berlin-Heidelberg: Springer, 1998.

\_\_\_\_\_. **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objecto y fundamentos de la construcción sistemática**. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SILVA, Susana Tavares da. **O sector eléctrico perante o estado incentivador, orientador e garantidor**. Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo europeu**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra,

2010.

\_\_\_\_\_. **Direito da energia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. **Um novo direito administrativo?**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, n. LVII, 1981.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 92/96 CE**.

\_\_\_\_\_. **Diretiva n. 2003/54 CE**.

#### **Correspondência | Correspondence:**

Luiz Elias Miranda dos Santos  
Rua Professora Carmen Moreira Coutinho, 195, Jardim Cidade Universitária, CEP 58.052-490. João Pessoa, PB, Brasil.  
Fone: (83) 3235-7542.  
Email: luizelias\_recht@yahoo.com.br

Recebido: 17/02/2014.

Aprovado: 25/08/2014.

#### **Nota referencial:**

SANTOS, Luiz Elias Miranda dos. Discricionariedade x vinculação: licenças de produção de energia. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 16, n. 2, p. 63-88, maio/ago. 2014. Quadrimestral.