ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

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 se encontra hoje no Brasil, baseado quase unicamente na relação entre a Administração, os particulares e os privilégios que a primeira possui como decorrência do regime jurídico-administrativo. Dessa forma, utiliza-se o 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 essa análise, escolheu-se 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 essas licenças possuem caráter variável, com características afeitas ora a atos vinculados, ora a atos discricionários e até mesmo de regulação econômica, o que pode levar a refletir sobre esses 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

* 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 Brasileiro de Estudos Sociais e Políticos (CEBESP). Integrante do Laboratório Internacional de Investigação em Transjuridicidade (LABIRINT). Advogado. Coimbra – Portugal.

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 METODOLÓGICAS CONCEITUAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO; 4.2 A NATUREZA *SUI GENERIS* DAS LICENÇAS OU O PSEUDOATO ADMINISTRATIVO; **5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

1 INTRODUÇÃO

O setor elétrico passou por diversas modificações organizatórias em Portugal desde o início de sua regulamentação, em 1911[1], passando pela Lei de Eletrificação do país[2], modificada brutalmente com a onda de nacionalizações decorrentes do 25 de abril (que implicou a criação de um monopólio estatal e o surgimento da Energias de Portugal – EDP, em 1976), até as mutações proporcionadas já na década de 1990, em que se observou um processo de privatização e liberalização do setor promovido pela transposição de diretivas da União Europeia[3] (que Portugal passou a integrar em 1º de janeiro de 1986) e ditames do Banco Mundial[4].

1 Com a Lei de 24 de maio, que dispunha sobre normas relativas à indústria elétrica em Portugal.

2 Lei nº 2002, de 26 de dezembro de 1944.

3 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, ver Silva (2008).

4 Sobre as medidas de abertura e liberalização do mercado de energia elétrica em Portugal a partir da década de 1990, ver Silva (2011). Para uma narrativa mais extensa da liberalização e dos pacotes energéticos, ver Silva (2008).

Na esteira da integração legislativa portuguesa com o quadro comunitário relativo à energia elétrica, surgiu o Decreto-Lei nº 29/2006, que, em consonância com as inovações da Diretiva 2003/54 CE – que revogou a Diretiva 96/92 CE, que estabelecia regras para o mercado elétrico interno –, redefiniu as atividades do Sistema Elétrico Nacional (SEN), o qual passou a ser composto por: a) produção; b) transporte; c) distribuição; d) comercialização; e) operação de mercados de eletricidade; f) operação logística de mudança de comercializador de eletricidade[5]. De todas essas atividades, a destacada no presente trabalho é justamente a constante da alínea a do art. 13 do decreto-lei supracitado: a produção de energia elétrica[6].

De acordo com a definição presente no art. 15 do Decreto-Lei nº 29/2006, a produção de energia elétrica é uma atividade livre, devendo ser exercida após a obtenção de licença prévia das entidades administrativas competentes. Classicamente, é um ato administrativo vinculado, ou seja, cumpridos determinados requisitos prévios, a administração pública encontra-se obrigada a autorizar o exercício de determinada atividade, porém, 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. 6º do Decreto-Lei nº 172/2006, que desenvolve os princípios gerais dispostos no Decreto-Lei nº 29/2006, reúnem tanto condições de simples aferição técnica ou exibição de atendimento a requisitos específicos (como seria de esperar no procedimento administrativo para obtenção de uma licença) quanto 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 é um ato vinculado (como seria de esperar ao falar de uma licença tal qual se concebe no direito administrativo), discricionário (regido pelos critérios de conveniência e oportunidade da administração pública) ou *sui generis*, no qual seria possível

5 Art. 13 do Decreto-Lei nº 29/2006.

6 Ressalte-se que, neste breve estudo, dar-se-á 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 recursos renováveis e também em regime de cogeração (produção combinada de calor e eletricidade).

observar um amálgama entre vinculação e discricionariedade e, existindo tal mistura, seria possível falar numa superação, em termos metodológicos, dentro do direito administrativo da velha distinção entre atos administrativos vinculados e discricionários.

No intuito de alcançar o objetivo mencionado, 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 abordar-se-ão 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 de as licenças constituírem um ato *sui generis* dentro do direito administrativo e, por fim, serão tecidas algumas considerações finais.

2 AS LICENÇAS PARA PRODUÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA[7]

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); por fim, a iniciativa pública e o monopólio foram desmantelados em meados dos anos 1990, no intuito de formar um mercado livre de energia elétrica para a harmonização do setor energético, com a ideia basilar presente na formação da Comunidade Europeia, ou seja, a livre circulação de mercadorias e serviços[8], assumindo o Estado um perfil regulador, ativador ou incentivador, intervindo no setor elétrico por meio de instrumentos regulatórios normativos ou administrativos[9] que asseguram a ele um caráter voltado à adoção de posturas "funcionais e finalistas inspirados no tradicional modelo regulador norte-americano" (GONÇALVES, 2006, p. 539), mas com algumas diferenças essenciais.

7 Como já explicitado, abordar-se-ão apenas as licenças atinentes à produção de energia elétrica em regime **ordinário** (art. 15 do Decreto-Lei nº 29/2006).

8 Para uma síntese mais detalhada da evolução legislativa em Portugal e na União Europeia, ver Miranda (2008).

9 Sobre as formas e instrumentos de regulação do Estado, ver Gonçalves (2006).

A produção de energia elétrica, pautando-se na ideia de livre concurso, constitui 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)[10]. 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 o objetivo de "promover as condições que possibilitem atingir [...] limiares de produção" (MIRANDA, 2008, p. 129) que assegurem produção de energia em níveis que assegurem o abastecimento ao mercado[11].

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 na 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 a emissão 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 serviços, proíbe-se a concentração de redes de transportes e outras atividades do setor elétrico por uma mesma pessoa física ou jurídica[12]. A concessão das licenças para o exercício

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

11 Os concursos (leilões) para atribuição de licenças para produção de energia elétrica têm lugar também quando existe mais de um requerimento de licença para uma mesma região. Nesse sentido, ver Miranda (2008).

12 O Decreto-Lei nº 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: "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

da referida atividade é regulada por dois diplomas legislativos diferentes, quais sejam, o Decreto-Lei nº 29/2006 e o Decreto-Lei nº 172/2006, que objetivam transpor para o ordenamento português as disposições da Diretiva 2003/54 CE[13].

Tal diretiva, em seu art. 6º, define os critérios pelos quais os Estados-membros devem fixar a criação de novas capacidades de produção (unidades geradoras) em seu território: 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.

Por sua vez, o Decreto-Lei nº 29/2006 demonstra os contornos gerais do sistema elétrico nacional, fixando posições gerais, e o Decreto-Lei nº 172/2006 fornece disciplina específica ao setor e, especificamente, à produção de energia elétrica em regime ordinário. Com base no conteúdo da diretiva europeia, o art. 5º do deste estabelece oito critérios para a concessão das licenças de produção, que devem ser observados 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, o que torna a autorização de funcionamento de novas unidades de produção por parte desse serviço estatal um ato complexo. São eles:

que o controle" (PORTUGAL, 2006a). Na alínea seguinte do mesmo artigo e item (art. 25, 2, f), implementa uma maior restrição ao afirmar: "A limitação imposta na alínea anterior é de 5% para as entidades que exerçam actividades no sector eléctrico, nacional ou estrangeiro" (Ibid.).

13 A Diretiva 2003/54 CE, conhecida também como "segundo pacote" do setor elétrico, veio a aprofundar as liberalizações do mercado de energia iniciadas 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 especial atenção a temas como obrigações de serviço público (atividades obrigatórias a ser desempenhadas pelo atores do mercado elétrico, independentemente da aferição de lucro) e proteção dos consumidores.

> 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, econômica e financeira (PORTUGAL, 2006b).

Observando os critérios a ser observados pela DGEG na concessão das licenças, algumas reflexões devem ser tecidas no presente momento. Primeiramente, 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). Esse conceito, em si, explicita o caráter de ato administrativo vinculado que a licença possui; sendo uma ação sem margem discricionária por parte da administração, os requisitos deveriam notabilizar-se pela objetividade na explicitação de seu conteúdo, o que não acontece ao falar das licenças para produção de energia elétrica em Portugal na sistemática elaborada pelo Decreto-Lei nº 172/2006.

O já referido dispositivo legal, que menciona os critérios a ser 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, entre os requisitos listados no decreto-lei, tanto de critérios que podem ser atribuídos a atos vinculados, uma vez que sua determinação quanto ao atendimento ou não passa 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 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 sua capacidade técnica, econômica e financeira) quanto de critérios nos quais se dá larga liberdade de decisão à administração com base em apreciações necessariamente subjetivas, característica 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 controle de emissão de substâncias acidificantes; tecnologias de produção, tendo em conta sua contribuição para os objetivos da política ambiental e para a flexibilidade da operação do sistema elétrico).

Daí que, entre os requisitos objetivos e subjetivos existentes no Decreto-Lei nº 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 pode vir a ser denegado com base nos critérios subjetivos de julgamento elencados na legislação de regência, fato que desperta uma necessária reflexão sobre a determinação da natureza jurídica dessas licenças, visto 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), o que implicaria atribuir a esse ato administrativo a natureza de autorização e não de licença.

Finalizando as questões ligadas de forma específica às licenças de produção, com a impossibilidade, num primeiro momento, de determinação de sua natureza jurídico-administrativa, elas constituem um ato administrativo complexo, uma vez que, além do atendimento aos requisitos específicos do Decreto-Lei nº 172/2006, se submetem à concessão de outras espécies de licenças (ambientais, instalações elétricas) em ambientes externos à DGEG.

Sobre o procedimento para a emissão da licença de produção, a regulamentação encontra-se também presente no Decreto-Lei nº 172/2006 (art. 8º e seguintes). Algo no mínimo inusitado é o fato de que, com exceção das licenças que têm por objetivo o aproveitamento hidroelétrico, os pedidos de licenciamento só podem ser apresentados junto ao órgão competente na primeira quinzena de janeiro, maio e setembro de cada ano (art. 8º, 2), devendo estar acompanhados pelos documentos listados no art. 8º, 3, da referida legislação de regência[14].

14 "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

Finalizado o procedimento administrativo que visa à emissão de licença para produção elétrica, devem constar nela 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 nº 172/2006), dependendo sua transmissão de prévia autorização por parte do órgão emissor, nesse caso, a DGEG.

3 VINCULAÇÃO OU DISCRICIONARIEDADE?

Ao analisar as licenças para produção de energia elétrica emitidas pela DGEG em Portugal, constatou-se que, apesar da nomenclatura, seus requisitos envolvem tanto elementos vinculados (objetivos) quanto discricionários (subjetivos). Estes não se adaptam à clássica dogmática dos atos administrativos, a partir da qual podem ser usualmente classificados com base em sua natureza vinculada (sem margem de apreciação subjetiva pela

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. 4 - Tratando-se de centros hidroeléctricos, 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" (PORTUGAL, 2006b).

administração) ou discricionária (havendo um largo espaço de apreciação subjetiva e liberdade, mediante o 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 esses 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, sofreu uma substancial alteração e passou 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 ambiente de segurança jurídica e proteção da confiança[15].

Dessa 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 quanto 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; de forma mais abalizada, pode-se afirmar categoricamente que o princípio da legalidade é uma peça basilar do Estado de direito e 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 se pode traçar um perfil dogmático da vinculação da administração pública?

15 Sobre a segurança jurídica e a proteção da confiança em suas acepções clássicas, ver Canotilho (2003).

Os atos vinculados são assim chamados porque sua prática encontra-se tipificada na lei e os agentes públicos, ao executá-los, não possuem nenhuma margem de liberdade, uma vez que o espectro de ação está claramente delineado nos ditames da estrita legalidade da administração pública. Apesar da contraposição entre a objetividade da vinculação e a 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) – voltar-se-á a esse ponto ao abordar 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, visto 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 regulação, incentivo/ativação e consecução de objetivos, é possível falar 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 se pode denominar um retrocesso do clássico princípio da legalidade "e a ver-se substituído por um 'princípio de autonomia funcional da Administração'" (GONÇALVES, 2006, p. 552).

Dessa forma, a transformação do princípio da legalidade administrativa, que é conteúdo material dos atos administrativos vinculados, implica a substituição da ideia de ação administrativa em estrito cumprimento dos mandamentos legais (legalidade formal) pela de legitimidade rumo a uma "administração de resultados", na qual a modificação do caráter sistêmico da administração pública levaria necessariamente à transformação da máquina administrativa num grande controlador de resultados/objetivos rumo a um perfil de controle finalístico da administração estatal. É 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, grifo do autor), sendo muito mais importante falar em "legalidade dos resultados" na tarefa a ser cumprida pela administração (consecução de determinados objetivos sociais) do que na sujeição aos mandamentos legais. 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 falar de uma "legalidade principiológica" dentro da administração pública, na qual esta 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, grifo do autor).

Ao vislumbrar tal retração do princípio da legalidade (ou sua falência, fazendo uma aposta mais radical) dentro da práxis administrativa, abre-se a possibilidade de "discricionarização" dos atos vinculados, uma vez que, com esse novo perfil administrativo do Estado, a legalidade diminui seu papel a apenas fixar objetivos a ser atingidos pela máquina pública (controle legal finalístico). Contudo, apesar de a legalidade, em sua acepção clássica, sofrer 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, a ideia de legalidade dos resultados é acompanhada da 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, isso 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 explicitam claramente que o Estado continua a agir de forma vinculada, mesmo que de maneira 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 e 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 grifo do autor), fica claro que, apesar de a legalidade em sentido formal positivista sofrer retração na atualidade, a legalidade em sentido material apresenta um significativo incremento no âmbito do direito administrativo, uma vez que, além do binômio legalidade dos fins/legitimidade dos meios, surge como parâmetro de controle e variável de vinculação das ações administrativas o reforço regulamento/poder regulamentar do direito administrativo.

Visto 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) das ações administrativas, os quais se sujeitam aos controles de legalidade, legitimidade e constitucionalidade ante sua evidente natureza normativa.

Com esse 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 se acredita ser possível caracterizar esse 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 clássicos desse ramo do direito público.

3.2 DISCRICIONARIEDADE

Uma das formas de ação administrativa contrapostas à vinculação é o ato discricionário. 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 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, quanto a forma como as ações administrativas devem ser externadas, a face contraposta da vinculação da administração é a discricionariedade.

Ao falar 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, uma vez que, apesar de nos atos com conteúdos denominados discricionários existir 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, grifo do autor), 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 discricionariedade: não há actos absolutamente discricionários [...] nem actos absolutamente vinculados [...] daí a afirmação que toda actividade administrativa é um *continuum* entre vinculação e discricionariedade (DIAS; OLIVEIRA, 1999, p. 372).

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

Alguns eixos temáticos ficam bastante claros ao falar de discricionariedade 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).

Concebendo a discricionariedade administrativa como uma ação relativamente livre da administração pública, instituída como decorrência de uma competência legalmente fixada, ao falar sobre ela, necessariamente, deve-se fazer referência às classificações de natureza normativa.

Em termos de normatividade, pode-se observar a discricionariedade em relação ao âmbito das consequências jurídicas das normas administrativas,

ou seja, a compreensão da discricionariedade 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). Dessa concepção, extrai-se que o entendimento de tal poder da administração pública existirá quando: a) existir, por parte do agente administrativo, uma escolha de atuação ou decisão, alternativa criada pela própria norma habilitadora; b) a competência discricionária instituir à administração "a **possibilidade** ou o **dever** de escolher uma de entre várias soluções alternativas postas perante si" (OLIVEIRA, 2011, p. 44, grifo do autor); c) das várias consequências das quais pode a administração escolher (igualmente ao item anterior), não houver uma determinação normativa prévia sobre o conteúdo da consequência, existindo uma maior margem de liberdade de escolha. Assim, ao falar de discricionariedade 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 discricionariedade nessa modalidade diz respeito a uma escolha derivada da "indeterminação das consequências jurídicas das normas jurídico-administrativas" (OLIVEIRA, 2011, p. 45).

Uma segunda "dimensão" da discricionariedade 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 ser adotadas pela administração pública, gerando verdadeiras margens de decisão administrativa discricionária, ou seja, existiriam indeterminações conceituais que criariam margens de indeterminação a ser vencidas pelo intérprete administrativo. O entendimento dessa qualidade de determinadas ações estatais produz uma margem extremamente alargada de apreciação subjetiva pela administração, uma vez que a liberdade de eleição

acontece tanto nos pressupostos quanto nas consequências, e exige técnicas de concretização objetivamente seguras[16].

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, a "discricionariedade constitui um fenômeno exclusivamente derivado da indeterminação (*lato sensu*) do pressuposto de facto normativo" (OLIVEIRA, 2011, p. 54).

Por meio dessa 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), porém o fato de que os pressupostos da atividade administrativa foram consubstanciados imperfeitamente (de forma deliberada ou não) dá 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, grifo do autor). Nessa concepção dos poderes discricionários da administração, evidencia-se de forma bastante clara sua função 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 heteronomarnente definidos pelo legislador" (MONIZ, 2012, p. 604).

Deve-se salientar, ainda, que, apesar de a discricionariedade em si imprimir a formação de uma vontade, não constitui 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. Dessa 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

16 Como exemplo, veja-se o processo gradual da interpretação concretizadora-determinante em Duarte (1987, p. 27). A autora propõe que, se a legislação fizer recurso a conceitos jurídicos indeterminados, a discricionariedade seja mitigada por meio de uma interpretação gradual que inclua: a) interpretação definitória; b) interpretação teorético-jurídica ou hipotética; c) subsunção hipotética; d) subsunção prática.

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, 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. Entretanto, ante a quebra/retração do princípio da legalidade no âmbito da administração pública, há a real possibilidade do desaparecimento da discricionariedade como conceito global do direito administrativo?

Ao falar da vinculação administrativa, deixa-se bastante claro o fenômeno da retração do princípio da legalidade e, em seu lugar, surgiria uma versão *soft* dele, baseada não na estrita legalidade na qual as atividades administrativas sempre se fundaram, mas 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 ser alcançados e na legitimidade dos meios a utilizar em tal consecução. Daí poder-se-ia afirmar uma "discricionarização" da função administrativa ou, ainda, levando em consideração a quebra do conceito de legalidade formal, uma redução da discricionariedade administrativa a zero, visto que a atuação típica da administração pública seria transformada para níveis de garantia de maior liberdade de ação, com controles finalísticos estratégicos quanto aos objetivos a atingir, à legalidade de tais objetivos e à legitimidade dos meios instrumentalizados pela ação administrativa, numa clara evidência da liberalização da ação administrativa por meio de controles mediante diretrizes

(*Ermessensdirektiven*) e limites (*Etmessensschranleen*) desta, num claro relevo de uma atuação administrativa mais livre, como se fosse mais discricionária do que vinculada, havendo a tentativa de redução do clássico conceito administrativo de discricionariedade por meio da autocontenção da administração decorrente de seu poder normativo de autorregulamentação (ao que já se referiu ao falar da vinculação e do poder normativo regulamentar da administração como forma de retração da legalidade formalmente considerada), por intermédio das diretivas de discricionariedade (*Ermessensrichtlinie* ou *ermessensienkende Vorschriften*, em si, regulamentos administrativos)[17].

Ao finalizar esta breve digressão sobre a discricionariedade administrativa, cabe falar sobre as licenças para produção de energia elétrica e uma eventual possibilidade de determinar a natureza discricionária nesse ato estatal.

Ao contrário das licenças (classicamente um ato administrativo vinculado), quando a prática de certa atividade por um particular depender de aval estatal de natureza discricionária, tal ato administrativo denominar-se-á autorização e terá caráter precário (MELLO, 2009). Por esse simples detalhe, já se poderia descartar a possibilidade de caracterização da natureza jurídica das licenças de produção elétrica como ato discricionário, uma vez que não são concedidas de forma precária (os arts. 23, 24 e 25 do Decreto-Lei nº 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.

17 Sobre o conceito das chamadas diretivas de discricionariedade, ver Moniz (2012).

4 ATO *SUI GENERIS*?

Desde o início da presente investigação, abriu-se a possibilidade de as licenças de produção elétrica não serem atos vinculados, muito menos discricionários. Na análise do perfil dogmático desses dois institutos (a vinculação e a discricionariedade), percebeu-se que, apesar de os requisitos listados no Decreto-Lei nº 172/2006 reunirem tanto elementos vinculados quanto discricionários, não era possível definir em qual categoria de atos administrativos tais licenças poderiam ser enquadradas.

De certa forma, tinha-se em mente que as licenças em questão não obedecem à taxonomia clássica presente no direito administrativo, exigindo um esforço intelectual para determinar sua real natureza jurídica e indo além da indeterminação 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 estruturas funcionais do clássico direito administrativo, mas, sim, sob o novo manto conceitual que o direito administrativo tem apresentado pelo paradigma de sua europeização e alteração de velhas concepções basilarmente sedimentadas em tal ramo do direito.

4.1 NOVAS BASES METODOLÓGICAS 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, sociedade de informação, Estado-prevenção e Estado cooperativo, além da progressiva privatização das ações administrativas como um todo[18].

Diante disso, uma coisa é certa: no panorama europeu, 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-AβMANN, 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 falar em extinção) em prol da criação de uma uniforme máquina administrativa europeia (QUADROS, 2001; SCHMIDT-AβMANN, 1997).

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 desse ramo 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 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.

18 Para um panorama mais aprofundado dessas novidades no âmbito estatal e suas repercussões dentro do direito administrativo, ver Schmidt-Aβmann (1997).

4.2 A NATUREZA *SUI GENERIS* DAS LICENÇAS OU O PSEUDOATO ADMINISTRATIVO

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

Ao observar de forma mais detida a narrativa do setor elétrico, desde as nacionalizações de 1975 (que deram origem à EDP, no ano seguinte) até as liberalizações de mercado promovidas pela União Europeia pelas Diretivas 92/96 CE e 2003/54 CE, acompanhadas das respectivas transposições ao ordenamento positivo português, fica bastante clara a modificação do ente estatal, que passou de ator direto (nacionalizando e criando um monopólio em razão da importância estratégica do setor elétrico) ao papel de regulador/incentivador 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, restando para ele tentar dirigir o setor elétrico na busca por atingir determinados objetivos específicos presentes num plano energético. Daí 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, de modo que, embora constituam atividades regidas pelas regras de livre mercado, sendo a qualquer um facultado o acesso a essa atividade econômica, a autorização estatal e seus requisitos específicos cumprem 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[19].

19 Critérios definidos no art. 6º, I, da Diretiva 2003/54 CE.

Apesar de sua caracterização como ato administrativo, as licenças para produção de energia elétrica não podem assim ser classificadas; quando muito, podem ser denominadas "**falsos actos administrativos ou actos administrativos fictícios**" (SILVA, 2010, p. 73, grifo do autor), pois, embora tentem revestir-se sob o manto de clássico ato administrativo, chegando o próprio Decreto-Lei nº 172/2006 a adotar a nomenclatura licença (como dito anteriormente, tradicionalmente um ato administrativo vinculado), constituem, na verdade, 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 nº 172/2006 consistem numa verdadeira mistura entre exigências vinculadas de natureza eminentemente técnicas e discricionárias, que claramente evidencia uma apreciação subjetiva para a concessão da licença. Tal mistura não é fruto ocasional de uma técnica legislativa ruim ou equivocada, mas, na verdade, deve-se ao fato de que "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 se poderia denominar "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, essa 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-AβMANN, 1998, 2003). Daí se conclui que o prévio controle do Estado em relação ao acesso do mercado produtor de energia elétrica, fundado tanto em requisitos técnicos quanto discricionários (ao avaliar a contribuição desse pedido na consecução da política energética ou ambiental), busca "orientar a actividade a desenvolver pelo privado/requerente no sentido do cumprimento dos objectivos traçados para a **política pública da eletricidade**" (SILVA, 2008, p. 284, grifo do autor).

Essa natureza jurídica regulatória (ou ato de direção de comportamento) das licenças de produção de energia elétrica põe à luz o objetivo essencial

do Estado com as próprias, que é não apenas acompanhar/tutelar as atividades importantes (ou estratégicas, 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 um agente estruturador e diretor dos comportamentos privados, visando a determinados objetivos. Para tanto, 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 dessa atividade importa no uso desse **pseudoato 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).

Assim, não restam dúvidas de 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 falar 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 a investigação concernente à natureza jurídica dos atos estatais mencionados.

Ao falar das estruturas clássicas do tradicional direito administrativo e, especificamente, da vinculação e discricionariedade administrativas, traçando o perfil dogmático desses dois institutos, tanto na concepção mais

conservadora do direito administrativo quanto em seu perfil mais vanguardista, verificou-se ser impossível classificar as licenças para produção de energia elétrica sob o manto de qualquer um deles.

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 nº 172/2006 afasta as licenças da natureza jurídica de ato vinculado. Falar de retração da legalidade – e, consequentemente, do conceito de vinculação – administrativa não implica o desaparecimento de parâmetros de controle (o maior objetivo da vinculação da administração à lei), pois, embora não se tenham mais em mente ações administrativas pautadas no estrito conceito da legalidade formal, ainda persistem parâmetros materiais de controle administrativo por meio do poder normativo regulatório da própria administração, quais sejam, 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, que consistem em novas modalidades de vinculação da administração, para além da já obsoleta simples sujeição aos mandamentos formais das leis.

No que tange à natureza discricionária das licenças, melhor destino do que a tese da vinculação não será encontrado. Por mais que alguns dos parâmetros definidos pelo Decreto-Lei nº 172/2006 possam ser caracterizados por uma abertura de margem subjetiva de apreciação pela administração pública, não se poderá falar em natureza discricionária das licenças de produção elétrica, pois, mesmo 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 essa margem de apreciação aberta pela legislação de regência é especificamente direcionada para a concretização de objetivo político específico, qual seja, a realização do plano de política energética definida pelo Estado, ficando visível aí uma espécie de vinculação, uma liberdade conferida com o único intuito de materializar um objetivo específico claramente delineado, fato 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 a modificação no paradigma de vinculação da administração pública à lei e a maior liberdade de conformação para que realize determinados objetivos previamente delineados poderem abrir as portas para uma reflexão da acentuada redução (ou até mesmo a possibilidade de eliminação) do conceito de discricionariedade administrativa.

Por fim, descortinou-se a verdadeira natureza jurídica das licenças para produção de energia elétrica como atos de regulação. A confusão na determinação da natureza jurídica de tais licenças deve-se ao fato de ela se encontrar mascarada sob o véu de um ato administrativo em sua clássica designação; de forma contraditória, era muito fácil vislumbrar que ela não se enquadrava nos clássicos esquemas dogmáticos da vinculação ou discricionariedade administrativos. Dessa forma, resta salientar, de forma indubitável, a 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 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. Assim, mostra-se necessário repensar algumas figuras do direito administrativo, como a vinculação e a discricionariedade, como classicamente consideradas.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. A discricionariedade administrativa. **Sciencia Iuridica**, Braga, v. 48, n. 280-282, p. 371-386, 1999.

DUARTE, Maria Luísa. **A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados**: contributo para uma análise da extensão do princípio da legalidade. Lisboa: Ministério da Justiça, 1987. (Boletim do Ministério da Justiça, n. 370).

GONÇALVES, Pedro. Direito administrativo da regulação. In: ESTUDOS em homenagem ao professor doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento. Coimbra: Coimbra, 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, 2008.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. A discricionariedade administrativa: reflexões a partir da pluridimensionalidade da função administrativa. **O Direito**, Lisboa, ano 144, n. 3, p. 599-651, 2012.

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

PORTUGAL. Decreto-lei n. 26.852, de 30 de setembro de 1936. **Diário da República**, Lisboa, 30 set. 1936.

_____. Decreto-lei n. 101, de 2 de abril de 2007. **Diário da República**, Lisboa, 2 abr. 2007.

_____. Decreto-lei n. 172, de 23 de agosto de 2006. **Diário da República**, Lisboa, 23 ago. 2006b.

_____. Decreto-lei n. 29, de 15 de fevereiro de 2006. **Diário da República**, Lisboa, 15 fev. 2006a.

_____. Lei n. 2002, de 26 de dezembro de 1944. **Diário da República**, Lisboa, 26 dez. 1944.

QUADROS, Fausto de. **A nova dimensão do direito administrativo**: o direito administrativo português na perspectiva comunitária. Coimbra: Almedina, 2001.

SCHMIDT-AβMANN, Eberhard. Recenti sviluppi del diritto amministrativo generale in Germania. **Diritto Pubblico**, n. 1, 1997.

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

_____. **Das allgemeine verwaltungsrecht als ordungsidee**. Berlin-Heidelberg: Springer, 1998.

SILVA, Susana Tavares da. **Direito administrativo europeu**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

_____. **Direito da energia**. Coimbra: Coimbra, 2011.

_____. **O sector eléctrico perante o estado incentivador, orientador e garantidor**. 2008. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008.

_____. **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**, Coimbra, n. 57, 1981.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 92/96 CE, de 19 de dezembro de 1996. **Diário Oficial das Comunidades Europeias**, 30 jan. 1997.

_____. Diretiva n. 2003/54 CE, de 26 de junho de 2003. **Diário Oficial das Comunidades Europeias**, 15 jul. 2003.

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. 73-102, maio/ago. 2014. Quadrimestral.