

SCIENTIA IVRIDICA

REVISTA DE DIREITO COMPARADO
PORTUGUÊS e BRASILEIRO



MAIO-AGOSTO 2011 - TOMO LX - NÚMERO 326

A nova ciência do Direito Administrativo e a Regulação

Rui Chancelle de Machete
*Professor Convidado da Faculdade de Direito
da Universidade Católica Portuguesa*

I – A “nova ciência do Direito Administrativo” e as suas limitações

1. O tema geral deste Encontro visa discutir novas fronteiras, novos desafios que o Direito Administrativo enfrenta, enunciar alguns problemas e, se possível, esboçar respostas. Pareceu-nos, assim, apropriado começar por referir, dada a sua importância e o relevo do meio científico em que se desenrola, a discussão que actualmente se trava na Alemanha a propósito da “Neue Verwaltungswissenschaft” e do seu programa de acção, agora concretizado com largueza nos três volumes dos “Fundamentos do Direito Administrativo” (“Grundlagen des Verwaltungsrechts”), Munique, 2006 – 2009.

A menção é ainda mais justificada pelo facto de este movimento renovador, dirigido por HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ASSMANN e ANDREAS VOSSKUHLUE, ter a pretensão de, embora sem renegar os progressos do passado, introduzir uma perspectiva metodológica e científica inovadora que envolve o sistema administrativo no seu conjunto. Acresce que o direito da regulação, como parte do Direito Administrativo Económico, constitui um dos ramos de referência do Direito Administrativo Especial a serem utilizados no trabalho de abstracção e generalização que permitirá modernizar a Parte Geral do Direito Administrativo (Allgemeines Verwaltungsrecht)⁽¹⁾.

⁽¹⁾ E. SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht Als Ordnungsidee*, 2.ª ed., Berlin – Heidelberg, 2004, pp. 134 e segs.; e ANDREAS VOSSKUHLUE, “Neue Verwaltungswissenschaft”, *Verwaltungsrecht*, vol. I, 2006, pp. 28 e segs.

Esta nova perspectiva nasce de uma preocupação reformista, que se desenvolve desde os anos noventa do século passado num conjunto de seminários, cujas contribuições foram posteriormente publicadas de 1993 a 2003 numa série de 9 livros, que não se propõe eliminar o “método jurídico clássico” fundado por LABAND e OTTO MAYER, mas ampliá-lo, enriquecendo-o com novos aspectos e considerações.

Se cotejarmos o método clássico com as novidades do programa da nova Ciência do Direito Administrativo podemos apontar importantes inovações. Sem pretendemos ser exaustivos, assinalaremos algumas.

A nova orientação concebe a Ciência do Direito Administrativo como uma ciência orientadora, virada para a acção e para as mudanças sociais. A eficácia do Direito não é vista apenas como execução das leis através do acto administrativo, como acontecia no Estado liberal, mas o campo de observação é alargado à função ordenadora da lei. Não se poderá ignorar, para além da lei, outros meios de direcção dos processos sociais, como o mercado, o pessoal e os serviços da Administração, e a organização administrativa, entre outras estruturas regulatórias.

A análise da actividade administrativa não deverá circunscrever-se ao acto final do procedimento, destinado a ser examinado na sua legalidade pelos tribunais, constituindo o principal modo de garantir a defesa dos particulares, mas estender-se a todos os tipos de actuação da Administração, sejam eles formais ou informais, unilaterais ou consensuais, regulamentares, de planeamento ou meramente com efeitos individuais.

Importa acabar na jurisprudência com o predomínio do conhecimento científico, dominado pela interpretação jurídica visando fundamentalmente a aplicação da lei ao caso concreto, através da construção do silogismo em que se realiza a subsunção do facto na norma para depois se retirar a conclusão jurídica aplicável ao caso concreto.

Há que passar a uma ciência vocacionada para a acção e para a decisão, tendo em conta um vasto conjunto de factores em que a

interdisciplinaridade do conhecimento desempenha um papel fundamental. Neste projecto alargado, torna-se necessária uma teoria da legislação e a organização de princípios de “Governance” em vez de uma simples aplicação de normas e conceitos jurídicos. A construção jurídica, em particular a identificação dos factos, tem de ser dominada pelo princípio do inquisitório e por um exercício de ponderação, um e outro preocupados com a descoberta de um círculo de interesses mais amplo do que aquele que é normalmente considerado pelo juiz no processo, e cujo exemplo costuma ser inspirador do procedimento administrativo. *Inputs* e *outputs* da actividade administrativa, embora trabalhados pelas categorias jurídicas, são desafios e respostas que se não limitam à simples aplicação de uma norma que já se apresenta como construída. Os “conceitos-chave” desempenham um papel de ponte entre a ciência jurídica e as restantes ciências sociais e da natureza, bem como com a própria experiência. No final do processo de aplicação do direito devem ser transformados em conceitos jurídicos, mas revelam que a ponderação, quer na previsão da norma, quer na própria estatuição, reconhece a relevância de aspectos muito para além dos tradicionalmente considerados no método jurídico de interpretação da lei e na construção do sistema jurídico⁽²⁾.

Esta orientação é particularmente sensível à europeização do Direito Administrativo nacional e ao desenvolvimento do Direito Administrativo europeu com as reflexões e os novos conceitos que se obriga a construir⁽³⁾. Nas palavras lapidares de CLAUDIO FRANZIUS, o movimento caracteriza-se, em suma, por entender o Direito Administrativo numa perspectiva de direcção (*Steuerung*) da realidade social e não simplesmente como um programa de controlo⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Ver A. VOSSKUHL, obra citada, *passim*, mas especialmente pp. 36 e 37; e CHRISTOPH MULLER, “Methode”, in *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I, citado, pp. 138 e segs.

⁽³⁾ E. SCHMIDT, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht Als Ordnungsidee*, citado, pp. 31 e segs.

⁽⁴⁾ “Modalitäten und Wirkingsfaktoren der Steuerung durch Recht”, in *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I, citado, p. 178.

4. FOLKE SCHUPPERT, fazendo a recensão ao trabalho de WAHL sobre a evolução do Direito Público nos últimos cinquenta anos, depois de prestar homenagem à qualidade do estudo, mas saindo em defesa da nova orientação, sublinha que o cepticismo do Autor comentado é no final de contas bastante mitigado. Salienta também que a própria crítica desenvolvida, usando os fins do Estado para a construção dos seus diversos tipos para depois afirmar a correspondência entre os modelos do Direito Administrativo e a realização dos objectivos constitucionais, não é isenta de debilidade⁽¹⁰⁾. É contudo no carácter promissor da metodologia proposta pela nova orientação que assenta o essencial da sua contribuição. SCHUPPERT refere, em particular, a vantagem de passar a interpretar-se o papel dirigente da nova ciência como “*Governance*”, isto é, seguindo a versão apresentada pela socióloga RENATA MAYNTZ, como ciência tendo por objecto estruturas sociais de coordenação, ou seja, instituições reguladoras do interagir dos diversos actores estaduais e não estaduais⁽¹¹⁾.

A defesa apresentada não permite, porém, que seja ultrapassada a objecção feita quanto ao carácter impreciso da nova metodologia.

5. É cedo para formular um juízo seguro acerca da valia da nova corrente metodológica que se autoproclama “*Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*”. A enorme amplitude dos campos que procura abarcar, no desejo de conhecer a Administração Pública no pluralismo e multifuncionalidade do seu organizar e agir, vem chamando a atenção para aspectos até agora negligenciados. Tem porém o demérito de juntar coisas de natureza diferente. O saber e virtuosismo da maioria dos Autores que enfileiram nesta orientação não consegue escapar, como já referimos, a um certo sincretismo em que o Direito nem sempre alcança com êxito ser o traço unitário que reúne os diversos factos e conhecimentos. Entre a ciência da legislação, a política do direito olhando o futuro, a ciência da orga-

nização, o *management* e a dogmática jurídica, os traços de união, que pretendem juntar os diversos elementos no mesmo sistema, não são evidentes ou mesmo não existem. Os conceitos chave e os conceitos ponte que possibilitariam unificar a Sociologia, a Economia e o Direito numa perspectiva jurídica coerente, muitas vezes não são sustentáculo suficiente para uma visão jurídica geral e sistémica. A publicação dos “*Grundlagen des Verwaltungsrechts*”, que constitui mais um conjunto de ensaios do que um manual, se chama a atenção para vários e interessantes aspectos, regra geral olvidados, não demonstra que os limites do método jurídico tenham sido respeitados.

Um ponto crucial e de particular importância, que requer aprofundamento como teste da nova orientação, é o modo como perspectiva as relações entre as normas constitucionais, os fins do Estado que elas consagram e a Parte Geral do Direito Administrativo. A circularidade entre os princípios e normas da Constituição e o Direito ordinário, a reinterpretção do que significa o Direito Administrativo como o “*Direito Constitucional concretizado*”, carece de ser explicada em termos que não deixem dúvidas em como as normas constitucionais inspiram e vinculam as leis ordinárias e em como estas podem, por sua vez, ir influenciando o sentido e a interpretação daquelas.

Seja como for, na exposição que faremos, sobre duas importantes questões do direito da regulação, não deixaremos de beneficiar de sugestões devidas à nova orientação da ciência jurídica a que vimos aludindo, sem contudo abandonar o caminho mais seguro do método jurídico clássico e da sua dogmática.

A nossa análise será necessariamente esquemática, enunciando o essencial dos problemas e dando respostas provisórias que propiciem a reflexão e o debate.

II – A Regulação e o seu Direito

1. A regulação económica e o direito que a disciplina inserem-se num vasto movimento que procura encontrar modelos de concii-

⁽¹⁰⁾ “*Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft im Wandel – von Planung über Steuerung zu Governance*”, in *Archiv des Oeff. Rechts*, 2008, pp. 79 e segs.

⁽¹¹⁾ *Obra ult. cit.*, pp. 101-104.

liação entre o Estado e o mercado, visando sobretudo que a actividade privada ou privatizada não mantenha ou adquira uma posição de monopólio, por natureza prejudicial aos consumidores e ao próprio interesse nacional. O uso da regulação é igualmente justificado pela preocupação de evitar falhas de mercado em matéria de segurança, na oferta de bens essenciais, ou pelo intuito de promover a inovação e o progresso no sector em que se aplica. Tem sido também utilizada, sempre no domínio económico, para introduzir a concorrência onde ela durante longo período se considerou não poder existir, por a natureza das coisas impor uma situação de monopólio natural, ou, também, quando a passagem para o domínio privado levar as empresas a esquecer os consumidores economicamente menos interessantes, ou, ainda, quando o funcionamento do mercado exija a compensação das externalidades, dada a importância e volume destas.

A lição americana das *independent agencies* levou a reconhecer a vantagem de as actividades de regulação serem autónomas em relação ao poder político, o que, para além de garantir, na medida do possível, a neutralidade económica da intervenção do Estado, permite construir uma zona de acção administrativa imune ou mais imune sobretudo em relação ao Executivo.

A neutralidade e autonomia conseguidas pelas autoridades administrativas independentes, sempre naturalmente relativas e variando de Estado para Estado e de sector para sector, levou a estender a técnica da regulação e o direito que a rege para além do sector económico, nomeadamente aos domínios social e da saúde, da educação e da cultura.

A política de expansão da regulação a novos mercados do sector económico, designadamente daqueles respeitantes às actividades das *"utilities"*, parece ter um saldo positivo indiscutível, embora sem esquecer as cautelas apropriadas. As adaptações, que necessariamente se têm de introduzir quando se pretende que a regulação abranja sectores cujas actividades não são predominantemente económicas, v. g., as escolas e as universidades, requerem cautelas redobradas para prevenir que as externalidades e outros efeitos perversos se sobreponham aos benefícios que se esperam obter.

O uso do Direito Administrativo e a antecipação dos efeitos das normas na realidade social que se esperam conseguir através da disciplina jurídica evidenciam a justeza da relevância atribuída a esta matéria pela *"Neue Verwaltungsrechtswissenschaft"*. A política legislativa e o exame das vantagens e inconvenientes que uma nova disciplina jurídica trará em determinado sector da realidade social não devem ser menosprezados ou esquecidos. Mas, do mesmo passo, essa consideração mostra também quão longe nos encontramos já do método jurídico clássico que aquela orientação pretende não abandonar.

2. As normas que constituem o Direito Público da Regulação da Economia procuram promover e garantir, em geral, para toda a actividade económica, as regras de uma concorrência efectiva no mercado — Direito da Concorrência —, e para cada sector, em especial, constituir e assegurar o funcionamento do mercado tão próximo quanto possível da concorrência perfeita — Direito da Regulação em sentido estrito. Um e outro normativos são aplicados por autoridades administrativas, daí decorrendo o seu carácter público, sem prejuízo da existência de revisão *ex post* por tribunais comuns ou especializados.

O Direito da Concorrência reveste natureza transversal, aplicando-se de modo uniforme aos diversos sectores da economia, estejam eles regulados ou não. O Direito da Regulação em sentido estrito é diferenciado pelo sector que tem por objecto.

O primeiro proíbe as práticas restritivas da concorrência e os abusos da posição dominante, as tentativas de formação de monopólios ou os monopólios já formados, as concentrações de empresas e demais formas juridicamente organizadas que impeçam ou dificultem o funcionamento escorreito das leis da oferta e da procura. As normas que o constituem instituem medidas aplicáveis a todo o sector privado da economia.

O segundo, definido sector por sector, e não abrangendo necessariamente toda a economia, regula o acesso ao mercado, a forma como se estruturam as empresas que nele actuam e o seu modo de

agir, bem como o procedimento específico da formação de preços e das tarifas. No Direito de Regulação Sectorial há também um lugar próprio para o interesse geral que não é simplesmente confiado ao resultado da “mão invisível”, motora do funcionamento concorrencial dos mercados. No direito regulador de cada sector pode-se também cuidar com maior completude do desenvolvimento dos direitos fundamentais dos intervenientes em cada mercado e da imposição a alguns participantes com maiores vantagens e responsabilidades das obrigações de serviço universal.

A aplicação das normas de regulação do mercado cabe a autoridades administrativas que prosseguem o interesse público através do planeamento e promoção do mercado, bem como pela tomada de medidas preventivas e sancionatórias adequadas a evitar a prática de infracções ou a realizar a sua punição. Os poderes de supervisão dos agentes económicos intervenientes são exercidos por aquelas autoridades, regra geral com grande autonomia em relação ao Executivo e à organização administrativa sob a orientação deste.

Procura-se que a actuação das autoridades administrativas independentes, apesar de um grau de discricionariedade elevado, seja transparente e progressivamente objectivada. A Directiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro, relativa aos serviços no mercado interno, constitui um bom exemplo do esforço da União Europeia para reduzir a discricionariedade nos procedimentos autorizatórios⁽¹²⁾.

O Direito da Regulação constitui precisamente um dos ramos de referência a que se reporta a nova orientação metodológica do Direito Administrativo a que inicialmente nos referimos e a generalização da sua aplicação a outros sectores económicos e até a zonas exteriores à actividade estritamente económica estão na ordem do dia. Sem negar a utilidade que pode resultar, quer em termos de magrecimento do Estado e despolitização da Administração, quer em termos da sua desburocratização e eficiência do uso das técni-

cas regulatórias, gostaria de pôr dois problemas, que, embora com características e posições sistémicas diferentes, assinalam algumas dificuldades sobre que importa reflectir e ultrapassar.

Diz a primeira questão respeito à definição do interesse preva- lecente que cabe a cada unidade personalizada da Administração Pública prosseguir, o interesse público secundário, na designação de alguns Autores italianos, e se este pode ser em largos sectores simplesmente identificado com o da concorrência.

Concerne a segunda questão ao modo de caracterizar as relações jurídicas administrativas que resultam da actividade de execução das normas de regulação pelas autoridades administrativas.

Uma e outra suscitam interrogações de grande interesse na construção dogmática, designadamente na Parte Geral do Direito Administrativo; mas não deixam também de ser relevantes, em termos políticos, as soluções que lhes dermos como resposta.

III – A concorrência como interesse público prosseguido pela Regulação

1. A definição do bem comum, ou dos interesses públicos a serem prosseguidos pelos órgãos do Estado, em especial pelos que integram a Administração, num sistema democrático, cabe ao Povo fazê-la através da elaboração pelos seus representantes das leis constitucionais ou ordinárias. Consta, em princípio, da Constituição, explicitada directamente através dos fins do Estado ou, indirectamente, inferida das competências da organização instituídas pela Lei Fundamental ou pelo legislador ordinário.

A Administração Pública, subordinada como está ao princípio da legalidade, procura, por forma mais discricionária ou mais vinculada, proceder à execução das leis nos casos concretos, ou elaborar normas regulamentares e planos que facilitem alcançar os objectivos definidos por fontes hierarquicamente superiores. Estes diferem de sector para sector e são mais ou menos concretizados consoante estivermos perante formulações finalísticas ou condicionais.

⁽¹²⁾ Ver, sobre esta problemática em geral, o pequeno mas substancial livro de MARCO

ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bolonha, 2008.

A regulação tem também como uma das suas finalidades promover maior concorrência no mercado.

É assim possível que surjam conflitos entre valores ou normas que prossigam, umas, interesses públicos próprios do sector considerado, e outras, uma melhor concorrência. Essa conflitualidade poderá agravar-se quando estiverem em causa áreas de acção administrativa em que o factor económico tenha um menor relevo. Pense-se, por exemplo, nos domínios da saúde ou da educação. O facto de na União Europeia a concorrência, como condição da realização do mercado, ser um dos valores mais elevados, aumenta ainda a frequência e a relevância dessas situações de colisão. As directivas comunitárias em matéria de contratação pública e a sua transposição para os direitos nacionais constituem um vasto campo, onde não será difícil encontrar exemplos desses conflitos. As tentativas recentes de estender as técnicas regulatórias à competição entre universidades públicas entre si ou com as privadas, ou entre as unidades hospitalares igualmente públicas e privadas, são já alguns exemplos que justificam séria reflexão⁽¹³⁾.

A solução para estas colisões de valores e competências terá porventura de ser encontrada na ponderação entre o princípio da eficiência e o interesse em alcançar a maior concorrência possível no mercado, os quais se revestem sempre de carácter instrumental, e os interesses finais que eventualmente se lhe oponham, consagrados directamente nos princípios e normas constitucionais ou canonizados pelo direito ordinário.

Sem poder desenvolver aqui o tema, importa chamar a atenção para o excessivo optimismo com que o nosso Código dos Contratos Públicos – que abrange negócios jurídicos considerados pelas directivas comunitárias e outros com valor infracomunitário e que engloba a disciplina dos contratos administrativos – encarou o problema, e a ausência quase sistemática de reservas de actuação admi-

⁽¹³⁾ Sobre a matéria se debruçou já, em Outubro de 2009, a Associação dos Professores Alemães de Direito Público, encontrando-se os relatórios e a respectiva discussão publicados no vol. 69 daquela associação, sob o título “VVDSStRL”, *Gemeinwohl Durch Wettbewerb?*, Berlin, 2010.

nistrativa segundo interesses sectoriais face à aplicação prevalecente da concorrência justificam alguma perplexidade. É matéria com que certamente nos iremos defrontar no futuro na formulação das políticas legislativas no domínio económico e não-económico onde se ponham questões de competição.

IV – As relações jurídicas poligonais no Direito da Regulação

1. As considerações sobre o segundo problema a que nos referimos, relativo às relações jurídicas no Direito da Regulação, terão de ser igualmente sucintas.

Na sequência da figura dos actos de duplo efeito, tem vindo a doutrina a chamar a atenção para o facto, evidenciado primeiramente a propósito da caracterização dos contra-interessados no contencioso administrativo, e depois ao reconhecer a existência de interesses opostos de que sejam titulares privados intervenientes nos procedimentos administrativos, de as normas do Direito Administrativo muitas vezes ponderarem, na sua previsão ou na sua estatuição, para além de interesses públicos, interesses privados em contradição.

Os interesses em jogo cuja ponderação há-de ditar a decisão da autoridade administrativa não são apenas públicos, ou públicos e de um privado ou conjunto de privados em posição conforme, mas públicos e privados em oposição. Destinatários dos efeitos do acto administrativo são assim particulares com posições diversas e conflitantes. Desenvolve-se deste modo uma relação jurídica entre a autoridade administrativa e dois sujeitos ou grupos privados distintos, com interesses opostos, embora estes só “comuniquem” através da autoridade administrativa e não haja uma relação jurídica horizontal entre eles no campo fáctico.

São exemplos típicos de conflitos e relações multipolares os existentes, no Direito do Urbanismo, entre o proprietário que pretende construir e o vizinho que entende poder opor-se-lhe jurídica-

mente, ou os litígios, no direito ambiental, que separam o industrial e os residentes de uma área circunvizinha que possam ser afectados por emissões potencialmente geradoras de poluição ⁽¹⁴⁾.

Esta possibilidade de posições antagónicas, que a admissibilidade de acções inibitórias no âmbito da jurisdição administrativa em posições processuais reversíveis facultam, veio despertar o interesse da doutrina por este fenómeno de multipolaridade das relações administrativas. As relações poligonais estendem-se também, aliás, aos concorrentes que pretendam a adjudicação do mesmo bem escasso e que assim participem no respectivo procedimento concursal.

As relações que se desenvolvem no âmbito da regulação, quando os seus titulares têm pretensões opostas no mesmo mercado, constituem igualmente bons exemplos de relações poligonais. Muitas das estratégias regulatórias ganham em recordar a importância que o aprofundamento da sua temática e o correspondente desenvolvimento dos mercados terão na ponderação entre os diversos interesses particulares em jogo na competição concorrencial. Está aí também, porventura, uma perspectiva interessante de análise da posição imparcial das autoridades públicas, que apesar dessa neutralidade continua a ser exercício de uma actividade administrativa.

V – Em conclusão

As questões suscitadas a propósito do Direito da Regulação, além de se situarem nas novas fronteiras do Direito Administrativo, umas mais no domínio da política do direito, outras no plano da dogmática, constituem exemplos das interrogações formuladas num ramo de referência que podem aproveitar à construção da Parte Geral do

⁽¹⁴⁾ Ver SCHMIDT-PREUSS, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht*, 2.ª ed., Berlim, 2005, *passim*.

Ver também as considerações que fizemos em “A Legitimidade dos Contra-Interessados nas Acções Administrativas Comuns e Especiais”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Coimbra, 2006, pp. 611 e segs.

Direito Administrativo. Servem também para demonstrar quão úteis podem ser as chamadas de atenção da “Nova Ciência do Direito Administrativo”. Não são porém suficientes para comprovar a existência de um novo método, substitutivo do método jurídico clássico fundado por LABAND, JELLINEK e OTTO MAYER.