



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

BARBARA ARRAIS DE CASTRO CARVALHO

Os Certificados Brancos enquanto instrumento de promoção da Eficiência Energética no contexto das alterações do Direito Administrativo

Dissertação de Mestrado em Ciências
Jurídico-Políticas com Menção em
Direito do Ordenamento, Urbanismo e
do Ambiente da Faculdade de Direito –
Universidade de Coimbra.

Orientador: Professora Dra. Suzana
Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva

Setembro de 2014

Coimbra

“Ninguém escapa ao sonho de voar, de ultrapassar os limites do espaço onde nasceu, de ver novos lugares, novas gentes. Mas saber ver em cada coisa, em cada pessoa, aquele algo que a define como especial, um objeto singular, um amigo – é fundamental. Navegar é preciso, reconhecer o valor das coisas e das pessoas, é mais ainda!

Antonie de Saint-Exupéry

A minha tão amada Mãe, que nunca mediu esforços para realização de meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus acima de todas as outras, que através intercessão de Nossa Senhora de Fátima e Santo Antônio me abençoa diariamente com o dom da vida e da felicidade.

A Professora Dra. Suzana Tavares da Silva, que me orientou com muita dedicação, empenho e paciência, pelo saber que me transmitiu, críticas e opiniões, me encorajando a prosseguir.

A meus pais Márcia e Ricardo, que me proporcionaram a experiência única e gratificante de realizar meu mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, além de todo apoio e sacrifício que foram empenhados em minha formação pessoal e profissional.

Ao meu avô Rosomiro por ser meu mestre e meu norte no ofício da advocacia e a minha vó Rosanna, por todo o amor e carinho.

A meus irmãos Diomédio, Caroline, Aline e Marcela pelo real significado da palavra irmão, meus eternos companheiros.

A meus tios Ione e Fernando por todo incentivo e apoio ao longo da minha formação profissional.

Aos meus demais familiares, que de alguma forma contribuíram para minha formação pessoal.

Ao Ricardo, que compreendeu a minha ausência durante estes dois anos, sempre me incentivando a prosseguir em minhas aspirações e a nunca desistir.

Aos amigos de Coimbra, em especial Caio, Ana Carolina, Renata, Maíra e Priscilla, os quais foram indispensáveis no intento de minha jornada.

As minhas amigas de uma vida inteira, que me ensinaram o significado da palavra amizade e mesmo na distância se fizeram presentes.

Aos demais docentes, dos quais tive o privilégio em ser aluna, Dra. Maria Alexandra Aragão, pelas inspiradoras aulas de Direito do Ambiente e Dr. Fernando Alves Corrêa, pelas instigantes aulas de Direito do Urbanismo.

LISTA DE ABREVIATURAS

CBS – Certificados Brancoa

CO₂ - Dióxido de Carbono

EE – Eficiência Energética

EU – União Europeia

ESCOS – Energy Services Companies

IEA – International Energy Agency

GEE – Gases de Efeito Estufa

IPMVP – International Measurement and Verification Protocol

M&V – Medida e Verificação

NDA – Novo Direito Administrativo

ONU – Organização das Nações Unidas

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europe

RESUMO

O presente trabalho tem como foco o estudo dos Certificados Brancos enquanto instrumento jurídico, que visa a promoção da eficiência energética, através de uma estrutura que combina instrumentos típicos do sistema de ordenação clássico, com instrumentos de mercado.

Partindo de uma análise da atual crise mundial e o papel de relevância da eficiência energética, nomeadamente quanto ao combate das alterações climáticas, dentro de um Estado de Direito Ambiental, no qual as ações visam principalmente a prevenção e precaução dos danos ambientais, conduzindo a sociedade ao desenvolvimento sustentável.

Analisando, logo em seguida a questão das Políticas Públicas, e a importância atribuída à esta ferramenta nas últimas décadas, através de uma ação programada do Estado, ressaltando a Política Energética e Ambiental da União Europeia, que vem priorizando cada vez mais a importância do papel desempenhado pelas medidas de eficiência energética, dentre o qual destacamos os Certificados Brancos, instrumento que já vem sendo adotado em alguns Estados Membros.

Após uma análise minuciosa do sistema de Certificados Brancos, passamos a inserir este mecanismo no seio das alterações vivenciadas pelo Direito Administrativo, dentro dos contributos trazidos pela ciência do *Novo Direito Administrativo*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1. OS CONTORNOS DA CRISE AMBIENTAL – UMA ANÁLISE DO BECO APARENTEMENTE SEM SAÍDA	8
1.1.O ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL.....	12
1.1.1 O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE	15
1.1.2 DOS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO	18
2. A EFICIÊNCIA ENERGÉTICA NO CENÁRIO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	22
2.1 POLÍTICAS PÚBLICAS	22
2.2. POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS	29
2.3 POLITICAS PÚBLICAS DE EFICIÊNCIA ENERGÉTICA	31
2.3.1 A EFICIÊNCIA ENERGÉTICA À NÍVEL MUNDIAL	34
2.3.2 A EFICIÊNCIA ENERGÉTICA À NÍVEL DE POLÍTICA PÚBLICA COMUNITÁRIA.....	38
2.3.2.1 DIRETIVAS COMUNITÁRIAS SOBRE EFICIÊNCIA ENERGÉTICA	42
2.4. AS ENTRAVES ENFRENTADAS NA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS VOLTADAS À PROMOÇÃO DA EFICIÊNCIA ENERGÉTICA E SEUS INSTRUMENTOS JURIDICO-ADMINISTRATIVOS	47
3. CERTIFICADOS BRANCOS.....	49
3.1. CONCEITO DE CERTIFICADOS BRANCOS.....	49
3.1.1. PRINCÍPIOS ESSENCIAIS DO SISTEMA DE CERTIFICADOS BRANCOS.	53
3.1.2 DEFINIÇÃO E FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE CERTIFICADOS BRANCOS E SEU MERCADO.	55
3.2. CONCEITOS FUNDAMENTAIS DO SISTEMA DE CERTIFICADOS BRANCOS	58
3.2.1 OBJETIVO DE EFICIÊNCIA ENERGÉTICA.....	59
3.2.1.1 NATUREZA DO OBJETIVO	61
3.2.1.2 PERÍODO DE CUMPRIMENTO	62
3.2.1.3 CONSTITUIÇÃO DE UM CERTIFICADO BRANCO	63
3.2.2 ÂMBITO DE ELEGIBILIDADE	63
3.2.2.1 AGENTES INTERVENIENTES NO SISTEMA – OBRIGATÓRIOS E VOLUNTÁRIOS	63

SUMÁRIO

3.2.2.2 PROJETOS, SETORES E VETORES ELEGÍVEIS.....	66
3.2.3 ADICIONALIDADE	68
3.2.3.1 MÉTODOS DE M&V	70
3.2.3. TAXA DE DESCONTO	71
3.3 CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	71
3.3.1 TRANSAÇÕES DENTRO DO MERCADO DE CERTIFICADOS BRANCOS	71
3.3.2 DEPÓSITOS, EMPRÉSTIMOS E PENALIZAÇÕES	73
3.3.3. CUSTOS ADMINISTRATIVOS E DE TRANSAÇÃO	74
3.4 REGIMES DE CERTIFICADOS BRANCOS VIGENTES	77
3.4.1 SISTEMA DE CERTIFICADOS BRANCOS À NIVEL DA UNIÃO EUROPEIA	81
3.5 INTERAÇÃO DOS CERTIFICADOS BRANCOS COM SISTEMAS CONCORRENTES.....	83
3.5.1 IMPOSTOS SOBRE ENERGIA.....	84
3.5.2 INCENTIVOS FISCAIS E SUBSÍDIOS AO INVESTIMENTO	85
3.5.3. CERTIFICADOS VERDES	86
3.5.4 CRÉDITOS DE CARBONO	88
4. OS CERTIFICADOS BRANCOS ENQUANTO INSTRUMENTO JURÍDICO- ADMINISTRATIVO.....	90
4.1 O PANORAMA GERAL DA CRIAÇÃO ATÉ A CONSOLIDAÇÃO CLÁSSICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	90
4.2 OS PRINCIPAIS FATORES DESENCADEANTES DA NOVA REALIDADE DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	95
4.2.1 A ABERTURA DA ESTADUALIDADE – A EUROPEIZAÇÃO E GLOBALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	96
4.2.2. A GOVERNANCE E A TEORIA DA PILOTAGEM.....	100
4.2.3 O <i>NEW PUBLIC MANAGEMENT</i> - O NOVO MODO DE GESTÃO DO ESTADO	104
4.2.4 O NOVO PAPEL DO ESTADO, INCENTIVADOR, ORIENTADOR E GARANTIDOR	107
4.2.5 A PRIVATIZAÇÃO.....	112
4.2.6 DA DESREGULAÇÃO À NEO-REGULAÇÃO OU RE-REGULAÇÃO	115
4.3 A NOVA ERA DO DIREITO ADMINISTRATIVO - AS NOVAS FORMAS DE ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	119
4.4. OS NOVOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS-ADMINISTRATIVOS NA TUTELA DO DIREITO DO AMBIENTE	128

SUMÁRIO

4.5 OS CERTIFICADOS BRANCOS ENQUANTO INSTRUMENTO-JURÍDICO ADMINISTRATIVO.....	133
4.6 NOTAS CONCLUSIVAS.....	140
CONCLUSÃO	142
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	144

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é o estudo dos Certificados Brancos, sistema que já foi implementado em alguns países europeus, como Bélgica (Flandres), França, Itália, Reino Unido, Irlanda e Dinamarca, como instrumento de mercado, que se coaduna ao âmbito das alterações sentidas no seio do Direito Administrativo, visando a promoção da eficiência energética e por derradeiro o combate as alterações climáticas.

Partimos sobre a premissa de que o século XX trouxe à baila a necessidade de se discutir os meios de combate à degradação ambiental, sob o ângulo da precaução e prevenção, visando o desenvolvimento sustentável, uma vez que o modo de produção e consumo que teve início na Revolução Industrial tornou-se insustentável, do qual podemos afirmar que em termos ambientais estamos à beira de um colapso, e como superação da crise ambiental que assola nossa geração, mudanças de paradigmas são necessárias, nomeadamente no que diz respeito ao modo de interação homem versus natureza.

A situação de um beco aparentemente sem saída, nos leva a crer que a humanidade e o meio ambiente, compartilham de uma única missão: a continuidade da vida na terra, o que gerou contornos de debate e preocupação da comunidade internacional, culminando com a adoção cada vez mais acentuadas de medidas *pro* ambiente.

O meio ambiente foi debatido a primeira vez na esfera internacional em 1972, na Conferência de Estocolmo, e de lá pra cá o debate só fez evoluir, de modo que a comunidade internacional está cada vez mais engajada na defesa do meio ambiente, no direito das gerações futuras, frente os vários problemas ambientais enfrentados, como as cheias, a desertificação, o buraco da camada de ozônio, alterações climáticas, degelo da camada polar, entre outros.

Diante desse quadro de insustentabilidade ambiental, seguimos o nosso Estudo, centrado para o modo de atuação do Estado, que passou através de ações programadas a *fazer* Políticas Públicas, no qual o Estado buscando

INTRODUÇÃO

novas formas de agir dentro do quadro constitucional, procura a sua modernização, sobretudo através da absorção dos *inputs* trazidos pela sociedade globalizada, através de uma atenção maior à eficiência do resultado das ações administrativas, no qual a elaboração de Políticas Públicas passou a representar a *musculatura* do Estado.

A importância da eficiência energética em âmbito mundial é salientada pela Agencia Internacional da Energia, através da recomendação da adoção de várias medidas aos países membros e não membros. No seio da União Europeia a política energética e ambiental passou a priorizar a implementação de Políticas Públicas voltadas ao fomento da eficiência energética, iniciando-se com a publicação do *Livro Verde sobre eficiência energética*, depois com a edição de várias Diretivas, objetivando a implantação de vários mecanismos de promoção da eficiência energética aos Estados Membros, em especial analisamos a Diretiva 2012/27, que determina a utilização de vários instrumentos, entre eles os Certificados Brancos.

Depois analisarmos ainda que de forma sucinta, as várias entraves às políticas de eficiência energética, tais como a falta de informação, falta de investimentos econômicos, já dando indícios dos benefícios que podem advir da implantação do sistema de Certificados Brancos.

Na terceira parte do presente estudo, passamos a analisar de forma minuciosa o sistema dos Certificados Brancos, enquanto instrumento jurídico de mercado, voltado para a tão falada promoção da eficiência energética, no qual os mesmos na condição de instrumentos híbridos, contribuem de forma incisiva, encorajando a utilização de medidas de eficiência energética, através do recurso de mercado, ou seja, os participantes, tem a possibilidade de ingressarem no mercado e transacionarem os títulos de eficiência energética, garantindo assim vantagem econômica aos agentes participantes do sistema, que após investirem em medidas de eficiência energética, e atingirem suas metas de obrigação, tem a possibilidade de reaver seus investimentos por via do mercado.

INTRODUÇÃO

Por fim, adentramos no cerne da questão do presente trabalho, no qual analisamos a *priori* a evolução do Direito Administrativo, desde a sua concepção até a consagração do modelo tradicional.

Contudo, como procuramos demonstrar ao longo da 4ª parte, vários fatores, influenciaram a modificação do Direito Administrativo, eis que as formas tradicionais passaram a não serem capazes de abarcar todas as modificações trazidas pela sociedade pós moderna. Entre os fatores indutivos das alterações do Direito Administrativo, citamos a abertura da estadualidade, que consiste na colocação do Estado em rede com outros Estados e organizações internacionais, transnacionais, os fenômenos da europeização, a *governance* e a teoria da pilotagem, a adoção de princípios empresariais pelo Estado, o que ficou conhecido como *New Public Management*, a alteração das funções do Estado, que deixa de ser um Estado intervencionista, passando a atuar como um Estado Garantidor, Incentivador e Orientador, além da onda de privatização, que nada mais é do que uma aparente fuga do público para o privado e por fim o fenômeno da desregulação e da neo-regulação.

Todos esses fatores acima citados, contribuiriam de alguma forma para que o Direito Administrativo sofresse várias alterações, vindo a doutrina germânica a defender inclusive a alteração de paradigma e o nascimento de um *Novo Direito Administrativo*, contudo, ainda em que pese não ser o tema central de nosso trabalho a discussão acerca da existência ou não de Um Novo Direito Administrativo, nos utilizamos dos contributos da nova ciência, para explicar os novos fenômenos vivenciados pela Administração Pública, as novas tendências administrativas, entre elas, está a alteração do consagrado modelo de ordenação do *command-and-control* típico da Administração de ordenação, pelos instrumentos econômicos e de mercados.

Dentro dessa tendência da Administração em utilizar instrumentos econômicos e de mercados, inserimos o Sistema dos Certificados Brancos, que conforme restará demonstrado nada mais é do que um dos novos contributos das alterações do Direito Administrativo, quanto às formas de atuação da Administração Pública, pela adoção de instrumentos mercadológicos, em detrimento dos tradicionais instrumentos do Direito Administrativo.

1. OS CONTORNOS DA CRISE AMBIENTAL – UMA ANÁLISE DO BECO APARENTEMENTE SEM SAÍDA

Desde o início da Revolução Industrial no século XVIII e com a adoção do modelo econômico capitalista, o mundo vem passando por grandes mudanças, o novo paradigma econômico e de produção alterou drasticamente o modelo de vida até então adotado pela sociedade da época. A sociedade moderna, vivencia cada vez mais a ilimitada capacidade de inovação do homem, estando cada vez mais sedimentada na produção e consumo de bens e serviços.

O desenvolvimento econômico está diretamente relacionado com o modo de utilização e exploração do meio ambiente, uma vez que toda produção econômica gera uma transformação de matéria e energia existentes na natureza. A crescente evolução da produção econômica gera efeitos diretos no meio ambiente, efeitos estes cada vez mais perigosos, que futuramente podem vir a colocar em risco a vida humana na terra.

De acordo com Cristiane Derani¹, as atividades econômicas modificam o meio ambiente, e após esta modificação, o meio ambiente passa a representar uma restrição externa para o desenvolvimento econômico e social, eis que após o consumo dos recursos naturais no processo de produção econômica esses já não serão colocados uma segunda vez na natureza à disposição do homem para suas estratégias desenvolvimentistas. Contudo, essa trivialidade não seria um grave problema a ser ponderado, caso os recursos naturais não fossem escassos.

Ainda de acordo com a referida autora, só se polui um rio, ou o ar uma única vez, ou seja, uma vez obtido o direito de poluí-los, não será possível reeditá-los, esgotando esse direito de poluir no primeiro que o fizer, e no futuro a atividade a ser desenvolvida já será sobre um rio ou o ar poluído, razão pela qual o processo de industrialização hoje vivenciado é um *luxo exclusivo para*

¹ DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo. Max Limonad. 1997. Pag. 138.

parte da população mundial, e não para a grande maioria que somará no decorrer deste milênio aproximadamente 6,25 bilhões de pessoas².

Ou seja, o modelo de desenvolvimento econômico adotado pela sociedade moderna, é um luxo que muito provável não será estendido às gerações futuras que já irão se deparar com um mundo totalmente poluído e devastado e com escassez de recursos naturais.

A forma de desenvolvimento econômico implica necessariamente uma grande apropriação de recursos naturais e gastos energéticos, o que vem gerando a ampliação da zona industrial e uma maior mecanização na exploração da terra, existindo assim uma dualidade entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente.

Toda e qualquer atividade do homem moderno, como por exemplo, atividades de consumo, de lazer, atividades hoje consideradas básicas para o desenvolvimento de uma vida saudável e digna geram impactos na natureza e consumo de energia. Quase todas as atividades da sociedade geram um consumo de energia, toda a produção industrial gera um consumo de energia, de forma que a economia mundial hoje é atrelada ao consumo energético, sendo esse um fator de impulso econômico, aos quais os Estados hoje vêm priorizando cada vez mais em suas plataformas políticas.

Os novos processos e técnicas de produção, as modificações ocorridas nas relações de apropriação econômica dos bens de produção, bem como, a tecnicização dos processos de gestão e legitimação do conhecimento, são algumas das características do novo perfil do capitalismo, o *capitalismo industrial*³, onde ao mesmo tempo em que se proporcionava as condições para o desenvolvimento e inovação tecnológica, apropriação de bens e livre acumulação econômica, a sociedade também passou a ser exposta a uma crescente proliferação de ameaças oriundas de diversas fontes, muitas vezes de difícil percepção das relações de causalidade, ou até mesmo de identificação, onde grande parte dessas ameaçadas causadas pela

² DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo. Max Limonad. 1997. Pag. 139.

³ LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2004. Pag. 11

radicalização do modelo capitalista, somente se faz sentir após alguns anos, no momento em que seus efeitos passam a produzir prejuízos a segurança socioambiental, tornando inócuos medidas de controle, cálculo e previdência⁴.

A sociedade moderna hoje vivencia um momento de ameaças imprevisíveis, onde os mecanismos de controle podem muitas vezes virem a falhar, sendo está uma faceta do modelo de organização social adotado, pautado na inovação, na busca pelo crescente desenvolvimento tecnológico, o que acaba por expor a sociedade à riscos ocultos, razão pela qual passou-se a denominar a sociedade moderna, como a sociedade do risco.

A sociedade do risco é conceituada por Ulrich Beck⁵ como sendo *uma fase do desenvolvimento da sociedade moderna, onde os riscos sociais, políticos, ecológicos e individuais criados pela ocasião do momento de inovação tecnológica escapam das instituições de controle e proteção da sociedade industrial.*

A sociedade do risco convive diariamente com a incerteza dos perigos relativo às decisões tomadas em âmbito do desenvolvimento econômico e tecnológico, pautado como já mencionado na inovação, que acaba por ser imprevisível quanto aos seus efeitos, assim a possibilidade de acidentes é algo constante a ser gerido pelas sociedades industriais.

As instituições hoje, não só produzem os riscos, como também os legitimam, a falência no modelo de segurança e controle são características fundamentais dos riscos experimentados pela sociedade e seu modelo de desenvolvimento, uma vez que o desenvolvimento incalculável e inseguro gera em uma sociedade a perda da capacidade de gerir a segurança e o controle. Estes riscos hoje assumem uma escala global, supranacional, sujeitando-se ao aparecimento de uma nova dinâmica política e social⁶.

Os macroperigos experimentados pela sociedade atual são caracterizados por não possuírem uma limitação espacial ou temporal, por não

⁴ LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2004. Pag. 11

⁵ LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patrick de Araújo *opus* Beck, Ulrich. Pag. 12

⁶ LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2004. Pag. 18

estarem submetidos a regras de causalidade e aos sistemas de responsabilidade, bem como, a inexistência de uma compensação, uma vez que após esses riscos serem concretizados, os seus efeitos se tornam irreversíveis, inviabilizando as formas de reparação pecuniária⁷.

A sociedade moderna então experimenta os danos ambientais de segunda geração, problemas ambientais em escala global, como por exemplo, o efeito estufa, o buraco da camada de ozônio, chuvas acidas, devendo tais problemas serem compreendidos através de uma percepção integrada desses problemas e não isoladamente, em que as preocupações ambientais estão mais voltadas ao futuro do que ao passado, sendo preceito básico a prevenção e a precaução, surgindo assim, a necessidade de uma proteção integrada do meio ambiente.⁸

O mundo globalizado vivência hoje a crise global do ambiente, que é marcada pela escassez dos recursos naturais e as diversas catástrofes em nível planetário, surgidas a partir da degradação da natureza pelo ser humano em busca do desenvolvimento econômico, sendo assim, esta crise global do ambiente deflagrada principalmente, a partir da premissa de que os avanços tecnológicos, industriais, as formas de organização social e econômica da sociedade estão em constante conflito com a qualidade de vida e o compromisso com as gerações futuras.

A sociedade moderna encontra-se a beira de um colapso, visto sua incapacidade de enfrentar os problemas da crise global do ambiente, sobretudo, as alterações climáticas, que é o rosto principal desta crise gerada pelo modelo atual de civilização. Esta herança da crise global do ambiente vem sendo acumulada nos últimos duzentos e cinquenta anos.

Em 2008 a concentração de dióxido de carbono na atmosfera atingiu o patamar de 387 ppmv (partes por milhão de volume) e se for considerado os outros gases do efeito estufa apontados pelo Protocolo de Quioto, este número sobe para 430 ppmv CO₂, chegando a beira do patamar de 450 ppmv,

⁷ LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2004. Pag. 19

⁸ ARAGÃO, Maria Alexandra. *A PCIP. Alguns Aspectos Jurídicos-Econômicos*. In Ver. CEDOUA. N 8. Vol. 22001. Pag. 18/19

tido pela comunidade científica como limiar para as alterações climáticas, aumentando em 2º graus a temperatura do globo terrestre, o que poderá ocasionar uma série de desastres ambientais, como por exemplo o desaparecimento do gelo flutuante do Ártico, a transformação da Amazônia em uma savana, o degelo dos glaciares do Himalaia, à desestabilização do *permafrost*⁹ da Sibéria, entre outros desastres¹⁰.

Diante deste cenário crítico, é crescente a necessidade de uma mudança de paradigma, é necessário que a economia seja cada vez mais pautada no conceito de desenvolvimento sustentável, ou seja, aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade das futuras gerações atenderem as suas próprias necessidades, é cada vez mais urgente que a sociedade passe a viver em uma nova era, a *Era da Sustentabilidade*.

Para que a crise global do ambiente seja superada e seus efeitos mitigados, é necessária adoção de várias medidas, entre as quais destacamos a transição para um novo paradigma científico e tecnológico, que estabeleça uma relação de simbiose, ao invés de uma colisão com o meio ambiente; encontrar respostas e soluções adequadas para os grandes desafios globais, como a depleção da camada de ozônio e as alterações climáticas, assegurando um regime mais ambicioso pós Protocolo de Quioto; bem como, a perda da biodiversidade, diminuição dos recursos hídricos vitais, degradação dos solos aráveis; assegurar um combate mundial aos focos de poluição cumulativa, *pollution hot spots*; construir um sistema de governança ambiental mundial, baseado no princípio da cooperação e na reestruturação das metas ambientais da Organização das Nações Unidas – ONU¹¹.

1.1. O ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL

⁹ *Permafrost* são os solos permanentemente gelados.

¹⁰ MARQUES, Viriato Soromenho. *A Energia da Razão. Como transitar do risco do colapso para uma era de sustentabilidade global?* In. *A Energia da Razão. Por uma sociedade com menos CO₂*. Lisboa. Gradiva. 2008. Pag. 53

¹¹ *Ibidem*.

A medida em as preocupações com o meio ambiente foram avançando no seio da sociedade científica e o reconhecimento de que o ambiente é um valor fundamental e intrínseco da vida humana, a preservação da natureza passou a ser um dos objetivos primordiais dos Estados, adquirindo contornos globais, atuando hoje a defesa do meio ambiente como legitimidade da atividade estatal, surgindo o então Estado Ambiental ou Estado Ecológico, ou seja, o Estado que hoje a ordem constitucional a proteção do ambiente possui hierarquia fundamental, cujas características essenciais são a estruturação de uma ordem procedimental que garanta e estimule o diálogo social, a proteção contra os riscos e não apenas aos perigos ambientais, o reconhecimento da natureza e a sua preservação como valores intrínsecos a continuidade da vida humana na terra¹².

A construção do Estado de Direito Ambiental através de uma concepção liberal seria o mesmo que reconduzir a um *minimalismo ambiental*, pois tende a perspectivá-lo como um problema de direito que adiciona limites aos direitos, liberdades e garantias, por outro lado modelar esse Estado sob uma concepção intervencionista e planificadora, ancorada no Direito Econômico, como uma questão de utilização do bem ambiental, pode conduzir a uma economia coletivista e dirigida a pretexto das defesas dos sistemas ecológicos¹³.

Um paradigma de desenvolvimento duradouro fundado em equidade intergeracional e uma visão menos antropocentrista radical, parece mais adequado à construção do Estado Ambiental, uma vez que é proveniente de um diagnóstico das políticas anteriores e ineficazes, na qual deve o Estado buscar a garantia da produção e tecnologia, contudo por outro, deve preservar o equilíbrio ecológico¹⁴. De forma que para alcançarmos um Estado de Direito Ambiental devemos ter em conta as experiências históricas e rejeitar as

¹² HARTMANN, Ivar Alberto Martins. *E-codemocracia. O Estado ambiental articulado em um Estado-Rede e o Direito fundamental de acesso à internet como elemento de proteção procedimental do meio ambiente no cyberspaço*. In. Temas de Direito do Ambiente. Cadernos de Direito. Ed. Almedina Nº 6. 2011. Pag. 40

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Jurisdicização da ecologia ou ecologização*. In Revista do Direito, Urbanismo e do Ambiente. Ed. Almedina. Nº4. 1995. Pag. 73.

¹⁴ MATEO, Ramón Martín. *Tratado de Derecho Ambiental*. Ed. Trivium. Vol. 1. 1991. Pag. 34/49.

explicações monocausais num mundo de complexidade, uma vez que não existem instrumentos totalizantes para edição do Estado de Direito Ambiental¹⁵

Quanto mais o homem se relaciona com a natureza, de forma predatória, mais se torna necessário a promulgação de normas protetoras do meio ambiente, normas destinadas a modernizar, racionalizar, enfim buscar uma justa medida na relação do homem com a natureza. As normas de proteção ambiental não se destinam necessariamente a imposição de transformações radicais no modo de interação homem/natureza, eis que na maior parte das vezes as normas ambientais possuem caráter quantitativo. Sendo que é no seio do desenvolvimento industrial-tecnológico que devem ser encontrados os meios de proteção e conservação dos recursos naturais. Nasce para o Direito, a manutenção da ordem social e por conseguinte da ordem produtiva, normalizando o modo de apropriação dos recursos naturais, fixando normas aptas a instrumentalizar a ação comunicativa que se desenvolverá a tensão entre apropriação e conservação dos recursos naturais¹⁶.

Os avanços tecnológicos e da ciência constitui um grande obstáculo para efetivação e cumprimento do direito ambiental, diante da ausência de certeza e da necessidade de gerir os riscos de danos, na maioria das vezes irreversíveis, não há como o Direito positivar escolhas prontas, é necessário um procedimento de negociação. O Estado Ambiental prescinde de uma estrutura, um processo, de diálogo social, sendo peça chave uma esfera pública democraticamente organizada e delimitada pelo diálogo, através de um consenso básico entre Estado e Sociedade, consenso que pressupõe ampla participação¹⁷, de tal forma que a proteção ambiental exige novas formas de comunicação e participação cidadã, através da abertura à comparticipação dos cidadãos nos procedimentos e processos sociais relevantes¹⁸.

Assim, o diálogo entre cidadãos e Estado quanto aos assuntos ambientais é fruto de um reconhecimento de respeito, reciprocidade e

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.* 1995. Pag. 73/74.

¹⁶ DERANI, Cristiane. *Direito Econômico Ambiental*. Ed. Max Limonad. 1997. Pag.73/75.

¹⁷ HARTMANN, Ivar Alberto Martins. *Op. Cit.* Pag. 42.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada*. In. Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Ed. Renovar. 2003. Pag. 504

responsabilidade, no qual o princípio da cooperação é base do procedimento ambiental, face a relevância assumida pelo direito de participação e informação da sociedade no Estado Ambiental.

O Direito Ambiental em si é reformador, modificador, uma vez que acaba por atingir toda a organização social, não se transmutando apenas em fornecer *assistência* à natureza. O direito ambiental é antes de tudo um direito para o homem, que deve ver o homem em todas as suas dimensões de sua humanidade, uma vez que da natureza depende a continuidade da vida humana na terra.

Neste diapasão, a preocupação com os direitos humanos e a preocupação com a proteção do ambiente reforçam-se mutuamente, os direitos humanos e o direito do ambiente são ferramentas necessárias à garantia de melhores condições de vida. Os direitos humanos acabam por ser aplicados ao ambiente à medida em que combatem a degradação ambiental, que constitui uma ameaça aos direitos humanos existentes, garantem processos de decisão ambiental mais eficazes, através dos direitos humanos procedimentais, que podem ser utilizados de forma mais direta para garantir a proteção do ambiente, o direito humano a um ambiente equilibrado e sadio. Assim, através de uma perspectiva de sustentabilidade os direitos devem ser complementados por obrigações, eis que a mera defesa dos direitos ambientais não teria o condão em alterar a concepção antropocêntrica dos direitos humanos¹⁹.

1.1.1 O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE

Diante do panorama alcançado pela crise ambiental e a crescente busca pela proteção do ambiente foi que na década de 80 do século XX a Comissão das Nações Unidas para o Ambiente e Desenvolvimento, tendo como objetivo uma solução aos contornos da degradação global do ambiente, aliado a discrepância socioeconômica entre os países do norte e do sul delimitou o conceito de *desenvolvimento sustentável*, visando a proteção dos pobres e do

¹⁹ BOSSELMANN, Klaus. *Direitos Humanos, Ambiente e Sustentabilidade*. In. Revista Cedoua. Nº 11. 2008. Pag. 10/11.

futuro, através da adoção de preceitos que conduzissem tanto a uma sustentabilidade ecológica, como também uma sustentabilidade socioeconômica, sendo a famosa definição de Brundtland como *desenvolvimento que permite satisfazer as necessidades das gerações presentes sem comprometer a capacidade de as gerações futuras satisfazerem as suas próprias necessidades*²⁰.

A noção de sustentabilidade é dada no quinto Programa de ação²¹, uma política e estratégia ao desenvolvimento econômico e social contínuo, sem prejuízo do ambiente, dos recursos naturais, de cuja qualidade depende a continuidade da atividade humana e o desenvolvimento²².

O conceito de sustentabilidade consagra três pilares, em primeiro lugar a sustentabilidade ecológica, que exige um aprofundamento do estudo ambiental, da questão energética, da utilização do uso do território dos impostos e do sistema sancionatório, em segundo lugar a sustentabilidade econômica, que exige uma cuidadosa e bem informada análise da política de desenvolvimento, da economia, do mercado, dos esquemas orçamentais, das estratégias empresariais, e por último a sustentabilidade social²³

O desenvolvimento econômico enquanto progresso material, constituiu-se, até a década de 70 do século passado, como objetivo prioritário, tanto entre os países desenvolvidos, como os em desenvolvimento, pautado no ideal de crescimento econômico, traduzido na busca pela riqueza como forma de evitar o agravamento das desigualdades socioeconômicas²⁴. Contudo, após o afloramento das questões ambientais, o conceito de desenvolvimento sustentável passou a ser o objetivo primordial da comunidade global, sendo que dentro deste conceito, a sustentabilidade ecológica é quem deve fornecer as coordenadas, caso contrário o conceito perde seu sentido, uma vez que as

²⁰ ARAGÃO, Maria Alexandra. Recensão da Obra *The principle of sustainability: Transforming Law and Governance*. In Revista CEDOUA. Ano 11. Vol. 21. 2008.

²¹ JO C 138, de maio de 1993.

²² ARAGÃO, Maria Alexandra. *O princípio do poluidor pagador. Pedra Angular da política comunitária do ambiente*. Boletim da Faculdade de Direito. STVDIA IVRIDICA, 23. Coimbra Editora.1997. 64.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Recensão da Obra *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*. In Revista CEDOUA. Ano 11. Vol. 21. 2008

²⁴ CIPRIANO, Tasso Alexandre Richetti Pires. *O conceito econômico-jurídico de desenvolvimento sustentável*. In Temas de Direito do Ambiente. Cadernos de Direito. Nº6. Ed. Almedina. 2011. Pag. 342

questões de justiça social e desenvolvimento são importantes, mas secundárias quando comparadas com o funcionamento do ecossistema na Terra²⁵.

Foi então que se passou a usar os conceitos de economia sustentável, produção sustentável, comércio sustentável e políticas sustentáveis, com vistas a combater a atual situação de insustentabilidade gerada pelo modo de produção intensivo de resíduos, o consumo desenfreado de combustíveis fósseis, a maior dependência da sociedade pelos veículos poluentes entre outros quadros que contribuíram para insustentabilidade do modelo de vida adotado pela sociedade pós-moderna.

De forma que a sustentabilidade atingiu um *status* de princípio, seja na ordem interna, seja na ordem das relações internacionais, buscando uma sustentabilidade pautada na justiça ecológica. De tal forma que se iniciou segundo Maria Alexandra Aragão, um movimento de *esverdeamento*, ou seja, a penetração do desenvolvimento ecológico nos demais setores, nomeadamente no econômico e social, de forma a corroborar com os pilares do desenvolvimento sustentável.

Hoje o princípio da sustentabilidade é tão amplo e fundamentado como os demais princípios, também considerados como pilares da sociedade moderna, como a justiça, igualdade, liberdade e paz, refletindo a sustentabilidade ética fundamental pelo respeito e integridade ecológica, além de ação de proteção e restauração do ambiente, capaz de produzir efeitos jurídicos, sendo que atualmente na maior parte dos países ocidentais a prossecução da sustentabilidade é dever constitucional.

Assim podemos afirmar que a sustentabilidade é elemento estrutural do típico Estado Constitucional, sendo um *princípio aberto*, que carece de concretização conformadora e que não transporta soluções *pré-fabricadas*, enfatizando o dever da ponderação e das decisões problemáticas²⁶.

²⁵ ARAGÃO, Maria Alexandra. *Op. Cit.* 2008.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O princípio da sustentabilidade como estruturante do Direito Constitucional*. In. Revista de Estudos Politécnicos. Vol. III. Nº 13. 2010. Pag. 7.

De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho podemos extrair o *imperativo categórico que está na génese do princípio da sustentabilidade e, se se preferir, da evolução sustentável: os humanos devem organizar os seus comportamentos e acções de forma a não viverem: (i) à custa da natureza; (ii) à custa de outros seres humanos; (iii) à custa de outras nações; (iiii) à custa de outras gerações. Em termos mais jurídico-políticos, dir-se-á que o princípio da sustentabilidade transporta três dimensões básicas: (1) a sustentabilidade interestatal, impondo a equidade entre países pobres e países ricos; (2) a sustentabilidade geracional que aponta para a equidade entre diferentes grupos etários da mesma geração (exemplo: jovem e velho); (3) a sustentabilidade intergeracional impositiva da equidade entre pessoas vivas no presente e pessoas que nascerão no futuro*²⁷.

Por fim, o princípio da sustentabilidade demonstra a necessidade de novos esquemas de direcção que possam garantir um verdadeiro Estado de Direito Ambiental, acarretando que ao lado dos tradicionais esquemas de ordem, como as permissões e proibições, transmutados em atos do poder público, se perceba o aparecimento de recursos de diversas formas de estímulo e incentivo dos programas de sustentabilidade, como as políticas de incentivos fiscais as tecnologias limpas, estímulos ao uso das energias renováveis e investimento em eficiência energética. Sendo que estes “estímulos” ou “incentivos” que, muitas vezes, se traduzem em internalizações de efeitos externos, devem observar-se as exigências normativas do Estado de Direito Ambiental quanto às competências e aos princípios. De tal forma que a transformação do direito e da governação segundo o princípio da sustentabilidade não significa a preterição da observância de outros princípios estruturantes como o princípio do Estado de direito e o princípio democrático²⁸.

1.1.2 DOS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO

O dano ambiental é um dos novos problemas produzidos pelo modelo organizacional da sociedade do risco, na qual há uma difusão

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.* 2010. Pag. 8.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.* 2010. Pag. 10.

subjetiva, temporal e espacial dos estados de perigo e das situações de risco, a qual qualificam o dano ao meio ambiente sob uma perspectiva de superação dos esquemas relacionais da ciência jurídica tradicional, tal situação importa em reconhecer a multiplicação anônima das situações de danos invisíveis, furtivos e anônimos cuja presença, acumulação e progresso do processo degradados podem ser totalmente desconhecidos²⁹.

Neste contexto, surge o princípio da prevenção que se dá em relação a um perigo concreto, e o princípio da precaução, que representa a prevenção de um perigo abstrato. O conteúdo da prevenção é dirigido pela ciência e pela detenção de informações certas e precisas sobre a periculosidade do risco fornecido pela atividade, ou pelo comportamento, revelando uma maior verossimilhança com o potencial lesivo que aquela controlada pelo princípio da precaução.

O princípio da precaução apareceu primeiramente em âmbito internacional em 1987, após a Segunda Conferência Internacional sobre a Proteção do Mar do Norte, uma vez que *emissões de poluição potencialmente poluentes, devem ser reduzidas, mesmo que não haja prova científica evidente do nexos causal entre as emissões e os efeitos*, desta feita a precaução refletia então que as pessoas e o seu ambiente devem ter a seu favor o benefício da dúvida, quando estiver diante da incerteza sobre uma dada ação irá causar efeitos negativos.

Este princípio funciona como uma espécie de *in dubio pro ambiente*, de forma que na dúvida sobre a perigosidade de uma dada atividade para o ambiente, decide-se sempre em favor do ambiente e contra o potencial poluidor, de forma que o princípio da precaução é dirigido aos potenciais poluidores, aos quais recaem o ônus de comprovar a inexistência de perigo de acidentes ecológicos.³⁰

De forma que a precaução permite agir sem certeza sobre a natureza do dano que podemos enfrentar e que estamos querendo evitar, ou incerteza

²⁹ LEITE, José Rubens Morato. *Op. Cit.* Pag. 124.

³⁰ ARAGÃO, Maria Alexandra. *O Direito Constitucional do Ambiente da União Europeia*. In *Direito Constitucional Brasileiro*. Org. José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite. Ed. Saraiva. 2007. Pag. 41/42

quanto à adequação da medida para evitar o possível dano, o que acaba por conflitar a certeza e a segurança jurídica versus o desenvolvimento econômico, razão pela qual deve haver um estabelecimento de limites quanto ao risco e quanto à medida a ser adotada.

Carla Amado Gomes enumerou as transformações operadas pela sociedade do risco e a precaução, 1) sociológica, uma vez que em vários casos decidir uma questão em favor do ambiente, implica em contrariar interesses da sociedade; 2) política, através de uma contestação da precaução, eis que em favor das questões ambientais, são reduzidos os direitos de utilização dos recursos materiais; 3) econômica, pois o uso indiscriminado da precaução pode vir a paralisar o avanço tecnológico e industrial; 4) jurídica, uma vez que os parâmetros para resolução dos litígios não são mais pautados unicamente em normas, mas também e resultados de perícias e laudos técnicos; 5) tecnológica, ante a possibilidade de diminuição do ritmo de desenvolvimento das tecnologias, ante a recusa de novos produtos e técnicas face as incertezas; 6) científica, através da insegurança frente os novos avanços científicos e por fim 7) ecológica³¹.

Já a prevenção possui importância face a simples compreensão do provérbio popular que diz *mais vale prevenir do que remediar*, trazendo para esfera ambiental, a prevenção se revela importante a medida em que mais benéfico do que contabilizar os danos é tentar repará-los, através de uma antecipação a fins de evitar a ocorrência do dano. De tal forma que princípio da prevenção implica na adoção de medidas preventivas à ocorrência de determinado dano concreto, cujas as causas e efeitos são conhecidas, evitando desta forma a verificação desse dano, ou pelo menos reduzir o seu impacto no ambiente³².

De forma que o princípio da precaução se difere do da prevenção, uma vez que exige uma proteção antecipatória do ambiente, em um momento anterior ao do princípio da prevenção, que impõem uma atuação preventiva, uma vez que enquanto a prevenção requer que perigos devidamente

³¹ GOMES, Carla Amado. *Dar o duvidoso pelo (in) certo? Reflexões sobre o princípio da Precaução*. In I Jornada Luso Brasileira de Direito do Ambiente. Lisboa. Instituto do Ambiente. 2002. Pag. 287

³² ARAGÃO, Maria Alexandra. *Op. Cit.* 2007. Pag. 44.

comprovados sejam eliminados, o princípio da precaução determina que a ação para eliminar possíveis danos ao ambiente seja tomada frente a um nexo causal que foi estabelecido através de uma evidência científica³³.

³³ ARAGÃO, Maria Alexandra. *Op. Cit.* 2007. Pag. 44.

2. A EFICIÊNCIA ENERGÉTICA NO CENÁRIO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A presente parte do trabalho versará sobre a eficiência energética enquanto objeto de Políticas Públicas. Abordando *a priori* a questão conceitual das Políticas Públicas, em especial as Políticas Públicas Ambientais.

Após a explanação acima, debruçar-nos-emos no enquadramento da Eficiência Energética nas atuais Políticas Públicas, em âmbito mundial, através da Agência Internacional da Energia – IEA, depois em âmbito Comunitário, com a análise das Diretivas que versam sobre eficiência energética. Por fim, serão abordadas as eventuais entraves à efetivação dos objetivos almejados por essas políticas.

2.1 POLÍTICAS PÚBLICAS

As Políticas Públicas ou *public policies*³⁴, surgiram no contexto das alterações no modelo tradicional da Administração Pública, nomeadamente no início do século XX, quando o conceito clássico do setor público foi redimensionado quanto à legitimação para as políticas, justificada pela necessidade de expansão da análise em escala supra estatal, aliada à diminuta capacidade dos Estados soberanos protegerem suas economias e sociedade das pressões globais³⁵. Neste sentido as *public policies* podem ser traduzidas

³⁴Atualmente existe uma tendência à aplicação das ciências sociais às normas jurídicas, bem como, da análise econômica do Direito, trazendo novamente o Direito para o cerne da questão, contudo se expressando através de um movimento de politização do Direito, onde o principal instrumento deste movimento são as Políticas Públicas.

As políticas públicas possuem um maior enfoque relacionado com ciência política, sociologia, economia política, ciência da administração e filosofia moral. Quanto ao caráter jurídico, este se deve pelo fato de o desenvolvimento da ação administrativa sempre respeitar a lei, uma vez que a lei é o limite de ação do poder, pelo menos com relação aos cânones da teoria tradicional do Direito Administrativo. Sob o enfoque jurídico, as políticas públicas se desenvolvem por debaixo do manto do Direito Constitucional, do Direito Administrativo ou dos Direitos Administrativos Especiais, como o Direito Administrativo Econômico e o Direito da Regulação, escoradas por um conjunto específicos de princípios, decorrentes da ciência da administração. Os princípios do Direito Constitucional e do Direito Administrativo podem ser utilizados no desenvolvimento das políticas públicas ou no ajustamento dos instrumentos destas.

³⁵ Silva, Rogério Luiz Nery. *Políticas Públicas e Administração Democrática*. In Sequência. Nº64. 2002. Pag. 63/64.

como o ato de ação do Estado, isto é, o modo estatal de operar através do *fazer políticas públicas*.

As Políticas Públicas condizem com os anseios do Estado em realizar moldes estratégicos em tempo hábil, a concepção e elaboração comunitária complexa de interesses públicos³⁶ específicos, que exigem satisfação.

De acordo com *Fábio Konder Comparato*³⁷ as Políticas Públicas vinculam-se estreitamente com a atividade estatal, um conjunto organizado de normas e atos tendentes a realização de um objetivo determinado, através do estabelecimento de metas e instrumentos jurídico-administrativos para a consecução de suas finalidades.

Trazer para o Direito a concepção de políticas públicas, consiste em aceitar um maior grau de interpenetração entre as esferas jurídicas e política, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública. Esta interação ocorre seja pela via de atribuição ao direito de qualificações jurídicas das decisões políticas, ou seja através da adoção no direito de uma postura substantiva, mais informada por elementos da política³⁸.

O conceito de Políticas Públicas pode ser definido como programas de ação governamental, formulados com o objetivo de coordenar os meios disponíveis ao Estado e as atividades de ordem privada, destinadas ao apoio das necessidades socialmente imprescindíveis e politicamente determinadas. Sendo caracterizadas como *metas coletivas conscientes*, o que as classificam

³⁶ De acordo Cass R. Sunstein, em *Factions, Self-Interest, and the APA: Four Lessons Since 1946*, in *The foundations of Administrative Law, interdisciplinary readers in law*, ed. Peter H. Schuck, Oxford University Press, 1994, pp 55 e ss, *apud* Maria da Glória F. P. D. Garcia in *Direito das Políticas Públicas, "a missão de prossecução do interesse público obriga actualmente a Administração Pública a construir, em situação, o próprio interesse público, que deixa de ser uma noção quase eterna, definida em lei, para se tornar frequentemente objecto de negociação. A Administração é obrigada a seleccionar, a implementar valores subjacentes às leis ou, na ausência destas ou perante a sua desadequação à realidade, é obrigada a encontrar esses valores num more open-ended process, com apoio de peritos, dando origem ao que os tribunais chamam de reasoned decision making."*

³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas*. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. Ed. Malheiros. São Paulo. 1997. Pag. 45.

³⁸ BUCCI, Maria Paula D. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. Ed. Saraiva. 2002. Pag. 241/242 .

como temas do Direito Público *lato sensu*, evidenciando a interdependência entre o direito e a política, no contexto da estrutura burocrática do poder³⁹.

As Políticas Públicas podem ser tanto em formas de macro-políticas, que se traduzem na concretização dos postulados constitucionais e definição das estratégias de evolução de caráter transversal e global, como na forma de micro-políticas, políticas de interesses setoriais e que descendem das primeiras. Podem também, ser definidas como políticas estaduais, regionais e locais, variando conforme a área geográfica de abrangência das relações entre as entidades públicas responsáveis pelas políticas públicas e os cidadãos. Existindo ainda a classificação das políticas públicas como mundiais, europeias ou supranacionais, onde o fator determinante é a base das áreas supra-estatais em que se dão as relações entre os Estados Soberanos, e entre estes e as organizações internacionais⁴⁰.

Conceituar Políticas Públicas é tarefa complexa, que exige uma comparação e diferenciação de diversos fatores comuns às mesmas, onde se deve esmiuçar os seguintes aspectos: I) a acareação entre a ação e omissão do governo, ou seja, o que se deseja fazer e o que, realmente se faz; II) a pluralidade de atores, sejam os formais e informais; III) a penetrabilidade da ação governamental, não limitada às leis ou atos normativos; IV) a intencionalidade, ou seja o objetivo específico e V) a processualidade, irrestrita aos atos isolados, muito pelo contrário, inserida em um quadro de sequências transformadoras⁴¹.

O espaço das Políticas Públicas inicia-se com a identificação dos problemas e a sua qualificação como políticos, para em seguida reiterar no espaço do reconhecimento do risco e da necessidade de os racionalizar de acordo com os *standards* que a comunidade científica e tecnológica a cada momento molda⁴².

As fases de abordagem das Políticas Públicas, podem ser classificadas em quatro eixos, quais sejam: *formulação de agenda, implementação,*

³⁹ BUCCI, Maria Paula D. *Op. Cit.* 2002. Pag 241.

⁴⁰ GARCIA, Maria da Glória. F.P.D. *O Direito das Políticas Públicas*. Ed. Almedina. 2009. Pag. 44.

⁴¹ SILVA, Rogério Luiz Nery. *Op. Cit.* 2012. Pag. 67.

⁴² GARCIA, Maria da Glória. *O lugar do Direito na Proteção do Ambiente*. Ed. Almedina. 2007. Pag. 342.

monitoramento e avaliação. A *formulação de agenda* é a fase de averiguação e levantamento das necessidades, bem como, da elucidação dos problemas na estrutura institucional do sistema político. Quando do levantamento das necessidades é normal que se recorram a audiências públicas e indicadores sociais. Já a fase de *implementação* corresponde a aplicação de uma determinada política pública, onde a análise é baseada na estrutura institucional, visando sempre a eficiência e adequação orçamentária. Para que a implementação seja efetiva é essencial que se proceda a identificação de toda as variáveis favoráveis e desfavoráveis à implementação da política pública em questão⁴³.

A fase de *monitoramento* refere-se a um conjunto de procedimentos que tem por finalidade acompanhar e controlar determinado projeto ou programa, sendo possível nesta fase a detecção dos possíveis erros de implementação através da verificação entre os fins almejados e os fins que foram realmente alcançados com a implementação da Política Pública. Nesta fase a informação assume um papel de extrema importância, pois é através das informações obtidas que se pode diagnosticar a realidade e reavaliar com maior precisão as prioridades do programa. Por fim, a fase de *avaliação*, corresponde a verificação dos efeitos positivos e negativos, bem como, das dificuldades encontradas no decorrer do programa ou projeto, para que se possa decidir quanto à uma possível nova intervenção ou um aprimoramento do programa, como também uma prestação de contas, *accountability*⁴⁴.

Um ponto chave em todas as políticas públicas, é o fato de que todas têm seu elo de sustentação em um poder competencial atribuído pelo Direito, seja o Direito Internacional Público, o Direito da União Europeia e o Direito Interno através da Constituição, ou por normas que dela decorram. Embora a definição e o desenvolvimento das políticas públicas estejam baseados em um poder legitimado no Direito, estas são condicionadas pelos bens materiais e

⁴³ BIASON, Rita de Cássia (org). *Questões contemporâneas de Políticas Públicas*. Cultura Acadêmica. São Paulo, 2011. Pag. 8.

⁴⁴ BIASON, Rita de Cássia. *Op. Cit.* 2011. Pag. 9.

financeiros e recursos naturais que o Estado dispõe para poder efetivar as mesmas⁴⁵.

Neste diapasão, o Estado de Direito com seu governo e corpo administrativo busca encontrar novas formas de agir dentro do quadro constitucional, procurando modernizar-se. Levantando-se a ideia de que a legalidade que estrutura o Direito Administrativo⁴⁶ não consegue mais abarcar todas as atividades sociais recém-emergentes. A Estrutura Democrática representativa do Estado de Direito, que tem como pilar o princípio da legalidade e da discricionariedade, não consegue mais suprir o estado de ignorância face a todas estas inovações, seja no campo dos fenômenos sociais ou dos novos modos de agir da Administração Pública, tendo como consequência o fato de que a legitimação das atividades dos órgãos administrativos, tendem a cada vez mais não decorrer seja de forma direta ou indireta da lei⁴⁷.

Através das Políticas Públicas, a Administração altera sua ação programada de cumprimento e execução de normas, para tornar-se um agente de função comunitária flexível, identificada pelos fins a serem realizados. Neste novo modo de ação administrativa do Estado que tem como pano de fundo as Políticas Públicas, o princípio da cooperação entre públicos e privados é ponto de ordem⁴⁸, através do reconhecimento da necessidade de extensão das ações aos segundos e terceiros setores, como forma de abertura do espaço público à

⁴⁵ GARCIA, Maria da Glória, *op. Cit.* 2009. Pag. 44

A Constituição Dirigente confere natureza subjetiva aos direitos fundamentais (onde se inclui o direito ao ambiente equilibrado e sadio), e com isso a característica de exigibilidade por parte de seus titulares perante o Estado-Administração, independentemente da questão relativa aos custos, contudo, é certo assinalar que a doutrina identifica a primazia da questão de alocação de recursos. In José Joaquim Gomes Canotilho. *Constituição Dirigente e vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2001.

De acordo com Cass R. Sunstein e Stephen Holmes, “*rights are relative, not absolute claims. Attention to cost is simply another pathway, parallel to more heavily traveled routes, to a better understanding of the qualified nature of all rights, including constitutional rights*”. In *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. 1999. Pag. 98.

⁴⁶A estrutura clássica do Direito Administrativo, defendida principalmente por Otto Mayer já não consegue mais alcançar todas as transformações vivenciadas pelo Estado nos dias de hoje, surgindo assim, vários fenômenos de atuação administrativas, até então desconhecidos pelo Direito Administrativo, fortalecendo cada vez a doutrina defensora de um *Novo Direito Administrativo*, que será abordado na 4ª parte do presente trabalho.

⁴⁷ GARCIA, Maria da Glória. F.P.D. *Op. Cit.* 2009. Pag.39-41.

⁴⁸ GARCIA, Maria da Glória. *Op. Cit.*. 2007. Pag. 343.

atuação dos segmentos privados, estreitando cada vez mais o hiato público-privado⁴⁹, fazendo com que as alterações entre as relações comunitárias reflitam-se nas alterações da *nova realidade das normas*⁵⁰.

De acordo com Suzana Tavares da Silva⁵¹ a Administração Pública deixa de atuar na condição de um aparelho burocrático que concretiza o interesse público pré-estabelecido pelo legislador, passando a atuar na condição de entidade programada, uma vez e absorve os *inputs* dos programas políticos fixados pelo Governo e pelo legislador, consubstanciando políticas de acordo com esquemas de cooperação, *governance* de interesses, negociação, dentro dos limites impostos pelos princípios materiais de justiça, onde se destaca o da sustentabilidade e da eficiência e pelos princípios e regras legais do procedimento justo, sendo ainda seu desempenho controlado em suas diversas fases visando garantir a efetividade dos resultados.

O espaço onde as políticas públicas florescem é simultaneamente o espaço onde o estado da ciência e o estado da técnica se afere, a ética se consolida, e as escolhas econômicas de otimização da ação em função de fins de prestação, qualidade e eficiência se unem com a legitimidade política, englobando a comunidade em todos os seus mais variados níveis, além do Estado ou Estados.⁵²

As Políticas Públicas tiveram seu papel acentuado em resposta à *esquizofrenia governamental*, fruto de um Estado que tudo quer regular e por tudo se responsabilizar, o que ocasionou um estado patológico. Sendo ainda as Políticas Públicas entendidas como um meio de superação ao caos decorrente das ações de múltiplas entidades, públicas e privadas com comportamentos desconexos, contraditórios, paralelos e antagônicos, possibilitando uma maior coerência para um desenvolvimento capaz de futuro⁵³.

⁴⁹ SILVA, Rogério Luiz Nery. *Op. Cit.* 2012. Pag. 64.

⁵⁰ GARCIA, Maria da Glória. *Op. Cit.*. 2007. Pag. 343.

⁵¹ SILVA, Suzana Tavares Da. *Um Novo Direito Administrativo?*. Ed. Universidade de Coimbra. 2010. Coimbra. Pag. 37.

⁵² GARCIA, Maria da Glória. *Op. Cit.* 2007. Pag. 343.

⁵³ GARCIA, Maria da Glória. *Op. Cit.* 2007. Pag. 344.

O relevo das Políticas Públicas decorre de um papel de coordenação de diferentes conhecimentos e experiências, sejam teóricos ou práticos, que projetados em ações, integram uma vasta estratégia de atuação do Estado, estabelecendo o desenho de um leque de opções, após a devida ponderação dos interesses em jogo, avaliação econômica das alternativas, bem como, sua comparação e a busca da otimização dos meios em função dos fins, a divulgação de estudos e informações. Visando a busca pela coerência entre os mais diferentes setores, as políticas públicas setoriais se fundem nas políticas públicas mais amplas, no âmbito do Estado, que por sua vez se integram em políticas públicas mais vastas, ao nível europeu e internacional⁵⁴.

As Políticas Públicas implicam uma visão prospectiva e multidisciplinar e uma atenção a singularidade dos fenômenos, além de requerer maior evidência na prevenção e especiais cuidados no momento de proceder a ação, para que seja possível gerir a desordem, visto que, a gestão deve evoluir de forma equilibrada e simétrica e em permanente rupturas, sendo o papel do Estado, fundamental para dar coerência a ação da comunidade política⁵⁵.

Reequacionar prioridades e fins, buscar novos pontos de apoio para novas deliberações, compartilhando em tempo e espaço os riscos, oportunidades, custos e benefícios é função de construção, razão pela qual a negociação, mediação, a concertação e as atuações informais estejam presentes no espaço das Políticas Públicas, reforçando uma cidadania que atualmente assume diversos níveis e caráter multidimensional.

De acordo com os ensinamentos de Maria Glória, *a lei formal tem sido o esqueleto que fundamenta o Estado de Direito e o seu Governo. Mas tão pouco se esquece que as políticas públicas são hoje a sua musculatura*⁵⁶.

A consciência de vazios de conhecimento exige uma partilha de poder entre o Estado (poder representativo) e a sociedade (poder originário) e consequente partilha dos riscos da ignorância e da responsabilidade na construção das políticas públicas, expressando uma nova forma de exercer o

⁵⁴ GARCIA, Maria da Glória. *Op. Cit.* 2007. Pag. 344

⁵⁵ GARCIA, Maria da Glória. *Op. Cit.* 2007. Pag. 344.

⁵⁶ GARCIA, Maria da Glória F.P.D. *Op. Cit* 2012. Pag. 46.

poder político e o compreender juridicamente, podendo-se concluir que o Direito que rege o Estado evoluiu para um novo paradigma, o *direito neomoderno das políticas públicas*⁵⁷.

2.2. POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS

Os tradicionais elementos caracterizadores do Estado, isto é, o território, o povo e o poder, passam por uma nova interpretação perante o novo paradigma do *Estado Ambiental de Direito*. Uma vez que, o direito que legitima o Estado desconhece que as respostas às *questões ecológicas*, repousam sobre detalhes e empenho de compreensão de uma dinâmica evolutiva cuja as circunstâncias que norteiam cada ação, são sempre mutantes, na natureza única e exclusiva das funções estatais, razão pela qual o direito, em sua acepção clássica sente dificuldade em legitimar as novas formas de atuação do Estado⁵⁸.

Neste sentido, o Estado torna-se, em sentido jurídico, um centro de atribuições reunidas em prol da satisfação do interesse público e do bem estar social. Entre estas competências, destaca-se o dever de promover um meio ambiente equilibrado e sadio e a garantia de um desenvolvimento sustentável⁵⁹, fazendo com que o Estado passe a empreender tarefas de coordenação, de informação, de orientação e planejamento estratégico, projetando uma coerência às múltiplas ações individuais e coletivas que derivam da sociedade⁶⁰.

Surgindo neste contexto um aprofundamento da democracia, quanto à sua dimensão participativa e dialogante através de duas vidas convergentes. Primeiro, através do Direito, na condição de dever fundamental à proteção do ambiente, que investe o cidadão de um *status* permanente, chamando-o para a ação, para intervenção crítica e construtiva, remediando os vazios causados

⁵⁷ GARCIA, Maria da Glória F.P.D. *Op. Cit* 2012. Pag. 46 e ss.

⁵⁸ GARCIA, Maria da Glória. F.P.D. *Op. Cit*. 2007. Pag. 339.

⁵⁹ VERONESE, Thábata Biazuz & BASSOLI, Marlene Kempfer. *Controle Estatal das Políticas Públicas Tributárias e Econômicas de Incentivos para a Atividade Empresarial Socioambientalmente Responsável*. In Scientia Iuris. Londrina. V. 15, nº1. 2011. Pag. 152.

⁶⁰ Garcia, Maria da Glória. F.P.D. *Op. Cit*. 2007. Pag. 340.

pela ignorância quanto às consequências da ação, através de um discurso multidisciplinar e criativo. Segundo, através das políticas públicas, coordenadas pelo Estado ou por este impulsionadas e planejadas com o auxílio da comunidade, que age em algumas ocasiões como fonte de inspiração, outras como detentoras de informação privilegiada e outrora de forma indispensável a cooperação na ação, controle e avaliação⁶¹.

Esta competência do Estado é de cunho obrigatório por parte do governo, ou seja, é preciso que as políticas públicas sejam construídas e executadas para controle das externalidades negativas que atingem o meio ambiente. Contudo, para elaboração de políticas públicas voltadas em prol da tutela ambiental, é preciso reconhecer a existência de novos paradigmas políticos e técnicos, isto é, o desenvolvimento sustentável, que deve orientar não só as ações do governo, mas principalmente as ações do setor econômico, uma vez que este deve cumprir com sua função social, obedecendo aos preceitos da ordem jurídica ambiental, que introduziu um novo fator catalisador na atividade econômica, a sustentabilidade, que inclui obrigatoriamente as questões socioeconômicas ambientais⁶².

A proteção do Ambiente através do Direito encontra resistências tanto em um plano interno, como no plano internacional, devido a sua interferência no domínio da propriedade e nos recursos naturais. No primeiro caso, a regulação ambiental afeta os direitos de propriedade dos particulares, ao ponto de assimilar a dita regulação aos efeitos da expropriação. Já no plano internacional, a proteção ambiental, quer através de acordos multilaterais sobre o ambiente (*hard law*), ou por meio de declarações políticas ou guias de conduta (*soft law*) se vê obstaculizada em função do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais⁶³. Em suma, o direito do ambiente acaba por enfraquecer o direito da propriedade, seja privado ou público, como

⁶¹ Garcia. Maria da Glória. F.P.D. *Op. Cit.* 2007. Pag. 339.

⁶² VERONESE, Thábata Biazuz & BASSOLI, Marlene Kempfer, *Op Cit.* 2011. Pag. 153 e ss.

⁶³ HERVÉ, Dominique & PÉREZ, Raimundo (coord.). *Derecho Ambiental y Políticas Públicas*. Ed. UDP. Vol. 1. 2011. Pag. 35 e ss.

consequência direta da valorização dos recursos naturais, enquanto bens globais subordinados a *global governance*⁶⁴.

Outro aspecto importante das Políticas Ambientais, e que mais a frente irá refletir na reestruturação dos instrumentos de promoção dessas políticas, é a forte tendência de adoção de instrumentos econômicos e de mercado, em detrimento da promoção de políticas baseadas nos tradicionais meios de ordenação, conhecidos como instrumentos de comando e controle, seja uma adoção parcial, a medida em que existe uma combinação entre esses novos instrumentos e os instrumentos tradicionais, ou até mesmo uma adoção total, através de ações tendenciosas a porem fim nos instrumentos de comando e controle.

Como exemplo desses novos instrumentos, pelo menos em âmbito comunitário podemos citar o Comércio de Emissões de Poluentes, os Certificados Verdes, que buscam fomentar o uso das energias renováveis em detrimento dos combustíveis fósseis, a Certificação Ambiental, Rotulagem Ecológica, entre vários outros.

2.3 POLITICAS PÚBLICAS DE EFICIÊNCIA ENERGÉTICA

A proteção do meio ambiente é uma função pública que compete efetivamente as autoridades públicas, para garantir um meio ambiente equilibrado o poder público deve intervir, entre outros, no setor energético, para que este seja compatível com a proteção ambiental, adotando a medidas necessárias, na qual se destaca a eficiência energética, entendida como a redução do consumo de energia e a prevenção de seu desperdício, contribuindo para a redução dos gases do efeito estufa, configurando-se desta

⁶⁴ SILVA, Suzana Tavares Da. *Sustentabilidade energética: entre os direitos subjetivos e a juridicização das políticas públicas*. Artigo apresentado na IV Jornada do Ambiente, Energia e Alterações Climáticas. Aveiro. 28 de novembro de 2012. Pag. 5.

forma como uma técnica de proteção ambiental, assegurando o desenvolvimento sustentável e uma melhora na qualidade de vida⁶⁵.

De acordo com Suzana Tavares da Silva⁶⁶, poderíamos defender que no plano político o Direito da Energia se aproximou do Direito Ambiental, não pelo desenvolvimento daquele, mas sim pela adoção de uma nova estratégia energética que vê utilidade nesse entrosamento, fruto do desenvolvimento de um novo direito público, conforme restará demonstrado ao longo desse trabalho.

A eficiência energética⁶⁷ é hoje uma das principais questões para o futuro da humanidade, o atual modelo de produção e consumo de energia é insustentável, tendo em vista o grande desperdício energético. O modo como a energia elétrica vem sendo consumida ocasiona um grande desperdício das fontes primárias de energia, o que conseqüentemente demanda um maior consumo desnecessário dos combustíveis fósseis, implicando em danos irreversíveis ao meio ambiente, destacando-se as alterações climáticas e suas diversas conseqüências. Para evitar o agravamento da crise global do ambiente as autoridades internacionais estão cada vez mais preocupadas e envolvidas com as questões relativas a eficiência energética, reunindo esforços através da implementação de várias políticas públicas em âmbito mundial, comunitário, nacional, regional e local.

O conceito de Eficiência Energética – EE é tratado em vários diplomas, a nova Diretiva Comunitária 2012/27/UE relativa à EE, a define como sendo o *ratio entre o resultado em termos de desempenho, serviços, bens ou energia gerados e a energia utilizada para o efeito, definindo também a economia de energia como sendo a quantidade de energia economizada pela mediação e/ou estimativa de consumo antes e após a aplicação de uma medida de melhoria*

⁶⁵ RÍOS, Isabel González. *Regimen Jurídico de la eficiencia y el ahorro energético*. In Revista Jurídica de Navarra. Nº 50. Julho-Dezembro de 2010. Pag. 173.

⁶⁶ SILVA, Suzana Tavares Da. *Op. Cit.* 2012. Pag. 3.

⁶⁷ De acordo com Suzana Tavares da Silva, em sua obra *Direito da Energia*, a instituição de regimes jurídicos em domínio de interdisciplinaridade da energia-ambiente-clima e energia-desenvolvimento-económico-sustentabilidade, têm levado os autores a afirmar a autonomização de ramos de especialização dentro do direito da energia, entre os quais destaca-se o direito da eficiência energética, que se estende por diversas áreas desde o urbanismo à produção industrial. (Pag. 205).

de eficiência energética, garantindo simultaneamente a normalização das condições extras que afetem o consumo da energia.

Por sua vez a Diretiva 2009/72/CE, sobre as normas comuns para o mercado interno de eletricidade, define *a eficiência energética e a gestão da demanda*, como sendo uma abordagem global e integrada que tem por objetivo influenciar no volume e nos períodos de consumo de energia elétrica a fim de reduzir o consumo de energia primária e os picos de energia, concedendo prioridade para os investimentos em medidas que fomentem a eficiência energética ou outras medidas em relação a investimentos para aumentar a capacidade de produção, desde que a primeira opção se constitua mais eficaz e econômica, tendo em conta a repercussão positiva para o meio ambiente quando se reduz o consumo energético⁶⁸.

Neste diapasão, surge o conceito dos *negawatthours*⁶⁹, que representa o consumo energético evitado pela poupança de energia, passando a ser um recurso energético de extrema valia para o alcance das poupanças de energia em todos os setores.

De acordo com Isabel González Ríos⁷⁰, eficiência energética supõem a adoção de medidas que favoreçam a economia de energia, de forma que ante um aumento da demanda elétrica, não seja necessário o aumento da capacidade de geração e permitindo a redução do consumo de recursos não renováveis, bem como a diminuição da emissão dos gases do efeito estufa, sobre outros tipos de demanda energética. Para além de contribuir para o aumento na segurança do abastecimento e maior independência das importações de combustíveis fósseis.

A adoção de medidas de eficiência energética se convertem junto com o incentivo à produção de energia a partir de fontes renováveis e a redução direta das emissões do GEE, o eixo central da política e regulação contra as

⁶⁸ RÍOS, Isabel González. *Régimen jurídico-administrativo de las energías renovables y de la eficiencia energética*. Ed. Aranzadi. Outubro de 2011. Pag. 273.

⁶⁹ De acordo com a Associação Negawatt, os pilares do conceito *negawatt* são sobriedade, eficiência energética e energias renováveis, para maiores informações, acessar o sítio da Associação Negawatt em www.negawatt.org.

⁷⁰ RÍOS, Isabel González. *Op. Cit.* 2011. Pag. 274.

alterações climáticas⁷¹, através de uma linha autônoma de implementação de políticas que combinem ao mesmo tempo diretrizes de políticas energéticas e diretrizes de políticas ambientais, além das diretrizes do desenvolvimento econômico, coligada ao setor de inovação e competitividade das indústrias de produção e de serviços energéticos. Devido a tais fatores é que as políticas de eficiência energética justificam a sua qualificação como políticas autônomas e o desenvolvimento de instrumentos normativos especiais⁷² em âmbito internacional, comunitário e nacional.

Contudo, a equação econômica das políticas públicas sustentáveis na energia é mais complexa do que no âmbito do ambiente, uma vez que a articulação das áreas de mercado (consumo e produção), com o mercado mitigado (redes) e a interdependência entre elas na promoção global de soluções mais eficientes, acaba por dificultar a composição, de forma unilateral, ainda que no plano Estatal, de soluções aceites e adequadas. Ressaltando desta feita, o aparecimento de novas formas de produção de bens públicos, como por exemplo na concepção de mercados virtuais voltados para a promoção da melhoria da eficiência energética, os Certificados Brancos⁷³.

2.3.1 A EFICIÊNCIA ENERGÉTICA À NÍVEL MUNDIAL

A eficiência energética oferece uma ferramenta poderosa e de baixo custo para alcançar um futuro energético sustentável. Melhorias na eficiência energética podem reduzir a necessidade de investimento em infra-estrutura energética, reduzir as contas de energia, melhorar a saúde, aumentar a competitividade e melhorar o bem-estar do consumidor. Os benefícios ambientais também podem ser alcançado pela redução das emissões de gases de efeito estufa e poluição do ar local. A segurança energética - a disponibilidade ininterrupta de fontes de energia à um preço acessível - também podem lucrar com maior eficiência energética, diminuindo a dependência de importação dos combustíveis fósseis.

⁷¹ RÍOS, Isabel González. *Regimen Jurídico de la eficiencia y el ahorro energético*. In Revista Jurídica de Navarra. Nº 50. Julho-Dezembro de 2010. Pag. 174.

⁷² SILVA, Suzana Tavares da. *Direito da Energia*. Coimbra Editora. 2011. Pag. 205.

⁷³ SILVA, Suzana Tavares da. *Op. Cit.* 2012. Pag. 6.

Diante destas premissas e da conscientização da importância desta linha para política energética global, visando a sustentabilidade econômica bem como, obediência aos preceitos das políticas ambientais é que a *IEA – International Energy Agency*⁷⁴ promove uma política de eficiência energética e tecnologia em edifícios, equipamentos, transporte e indústria, bem como aplicações ao uso final, tais como iluminação, empresas energéticas, domínios trans-setoriais, e que tem por objetivo principal reduzir o *gap* técnico e informacional registrado entre os diferentes países⁷⁵.

A análise da importância da elaboração de políticas cujo objetivo central seja a fomentação da eficiência energética fez com que a IEA em 2008 publicasse um documento denominado de *25 recomendações de eficiência energética*, que identificou as melhores práticas, destacando as oportunidades de melhoria da eficiência energética e abordagens políticas em cada setor para realizar todo o potencial de eficiência energética para países membros.

Este portfólio de recomendações inclui políticas que visam aumentar a relação custo-benefício da eficiência energética, através do estabelecimento de sinais de mercado para motivar uma ação efetiva, acelerando a introdução de novas tecnologias, fortalecer e reforçar o desempenho mínimo dos padrões de energia para eletrodomésticos, iluminação, equipamentos e códigos de energia para os edifícios⁷⁶.

As 25 recomendações de eficiência energética estão divididas da seguinte forma⁷⁷:

⁷⁴ Fundada em resposta à crise do petróleo de 1973/74, o papel inicial da IEA era ajudar os países a coordenar uma resposta coletiva para as grandes perturbações no fornecimento de petróleo através da liberação de reservas de petróleo de emergência. A IEA é uma organização autônoma, que tem por objetivo garantir energia confiável, acessível e limpa para os seus 28 países-membros e mais além. Quatro principais áreas de foco da AIE são: segurança energética, desenvolvimento econômico, a consciência ambiental e envolvimento em todo o mundo.

⁷⁵ SILVA, Suzana Tavares da. *Direito da Energia*. Coimbra Editora. 2011. Pag. 206

⁷⁶ A IEA estima que, se implementadas globalmente, sem demora, as propostas de ações poderiam salvar tanto como 7,6 gigatoneladas (Gt) de CO₂/ ano até 2030. O que corresponde 1,5 vezes o valor das emissões anuais de CO₂ dos EUA.

⁷⁷ Para um estudo mais detalhado sobre as 25 recomendações de eficiência energética, recomenda-se a leitura do documento através do sítio:
http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/25recom_2011.pdf

- Trans-setorial (1) através da coleção de dados e indicadores; 2) implementação de estratégias e planos de ação; 3) mercados energéticos competitivos com regulação adequada; 4) investimentos privados em eficiência energética e 5) através do monitoramento, fiscalização e avaliação.)

- Edifícios (6) códigos de construção obrigatórios; 7) consumo de energia líquida zero em edifícios; 8) melhoria da eficiência energética em edifícios já existentes; 9) etiquetagem ou certificação energética em edifícios e 10) desempenho energético dos componentes de construção e sistemas.)

- Aparelhos e Equipamentos (11) Etiquetagem e rótulos obrigatórios; 12) padrões de teste e protocolos de medição; 13) políticas de transformação do mercado.)

- Iluminação (14) eliminar progressivamente os produtos de iluminação ineficientes; 15) sistemas de iluminação energeticamente eficientes.)

- Transporte (16) padrões obrigatórios para eficiência de combustível de veículos; 17) medidas de melhoria da eficiência de combustível dos veículos; 18) eficiência de combustível em componentes não mecânicos⁷⁸; 19) Eco-driving; 20) a eficiência do sistema de transporte.)

- Indústria (21) Gerenciamento de Energia; 22) alta eficiência dos equipamentos e sistemas industriais; 23) serviços de eficiência energética para as pequenas e médias empresas; 24) políticas complementares de apoio industrial de eficiência energética.)

- Empresas do Setor Elétrico(25) programas de eficiência energética na utilização final de energia.)

Em relação as recomendações da Agência Internacional quanto às práticas voltadas para as empresas do setor elétrico, a IEA parte do pressuposto de que estes operadores econômicos possuem recursos, acesso direto aos consumidores, para além do *know-how*, possuindo desta forma uma

⁷⁸ Por componentes não mecânicos podemos citar pneus ecológicos, ar-condicionados mais eficientes, materiais mais leves para o fabrico dos veículos, entre outros.

posição de vantagem para projetar medidas de poupança energética eficazes a um baixo custo.

De acordo com os documentos que acompanham as 25 recomendações da Agência Internacional, o sistema de serviços públicos, muitas vezes combinam as exigências para atender a eficiência energética, com o uso de instrumentos de mercado para permitir aos utilitários negociarem obrigações de poupança e para permitir a concorrência na prestação de serviços de energia e alcançar as metas estipuladas. Através de esquemas bem estruturados, essas empresas podem recuperar os custos e manter as receitas e os lucros através da partilha de custos e benefícios com o consumidor final.

Para tanto, ainda de acordo com a IEA os Governos devem estabelecer políticas regulatórias e medidas de apoio para assegurar que as empresas do setor elétrico alcancem a melhoria esperada de eficiência energética no uso final de energia, através de uma relação de custo-benefício. Para tanto, os governos devem: 1) Assegurar que as opções de eficiência energética estejam autorizadas a competir diretamente com as opções de fornecimento de energia na contratação de recursos e mercados grossistas; 2) Determinar a obrigação de implementação de medidas de eficiência energética por parte dos distribuidores de energia aos consumidores finais a baixo custo; 3) Exigir que seja fornecido aos consumidores, através de um custo-reflexivo, suporte de informação e tecnologia necessária para que consumidor possa compreender e gerenciar de forma mais eficiente a energia consumida.

De acordo com a posição adotada por Suzana Tavares da Silva, as recomendações da IEA são políticas que devem ser executadas a partir de um esquema de *planificação, monitorização, verificação e reforço – MVE*. Posto que as diretrizes traçadas pela Agência Internacional não exigem a criação de novos serviços públicos, nem a adoção de regimes legais rígidos, uma vez que o objetivo principal da política adotada pela IEA é o alcance de resultados positivos com a diminuição do consumo de energia, em especial das fontes primárias e não renováveis. Ainda de acordo com a referida autora, as recomendações da Agência Internacional são um exemplo claro da presença

do Novo Direito Administrativo, que será abordado com mais ênfase na 4ª Parte da presente dissertação⁷⁹.

A orientação fornecida pela IEA aos Estados é no sentido de incentivar comportamentos e práticas empresariais e econômicas menos energívoras, além de um monitoramento dos agentes para orientar os seus comportamentos, possibilitar ainda que parcialmente a verificação do cumprimento das metas estipuladas, possibilitando uma avaliação no sentido de introduzir ou não alterações para que e possa alcançar melhores resultados⁸⁰. Onde segundo Suzana Tavares da Silva a construção dessas soluções normativas vem sendo realizada através da metodologia *fuzzy*⁸¹ e gerando resultados positivos e visíveis⁸².

2.3.2 A EFICIÊNCIA ENERGÉTICA À NÍVEL DE POLÍTICA PÚBLICA COMUNITÁRIA.

A UE integrou em sua política ambiental a adoção de medidas energéticas. No entanto, o seu papel neste setor econômico estratégico foi reforçado com a inclusão no Tratado de Lisboa, do Título XXI relativo à “energia”, em que se estabelece como um dos objetivos da política energética comunitária fomentar a eficiência e a economia energética, assim como o desenvolvimento das energias renováveis⁸³.

⁷⁹ SILVA, Suzana Tavares da. *Direito da Energia*. Coimbra Editora. 2011.Pag. 206

⁸⁰ SILVA, Suzana Tavares da. *Direito da Energia*. Coimbra Editora. 2011.Pag. 206

⁸¹ *Em 1965 o Professor Lofti Zadeh teve a ideia de criar uma nova lógica e uma nova teoria dos conjuntos onde não precisamos nos contentar com apenas duas opções (verdadeiro ou falso, pertence ou não pertence), mas com um grau infinito que varia entre essas duas. Assim podemos ter algo que é 50 % falso ou pertence ao conjunto apenas 30 %. Esta nova teoria se chamou de Lógica Fuzzy. Uma das mais grandes percepções de Zadeh foi que a matemática pode ser utilizada para fazer uma ligação entre a linguagem e a inteligência humana. Muitos conceitos, de fato, podem ser muito mais bem definidos por palavras do que pela matemática, e a Lógica Fuzzy e suas expressões nos Conjuntos Fuzzy proporcionam uma disciplina que melhor pode construir modelos do mundo real.* Fonte: Carneiro, Paulo Del Peloso. *Metodologia Fuzzy Aplicada Para Predição Do Comportamento Empreendedor*. 2008. Recurso online disponível em: http://www2.ibmecrj.br/sub/RJ/files/dissert_mestrado/ADM_paulocarneiro_jun.pdf

⁸² SILVA, Suzana Tavares da. *Direito da Energia*. Coimbra Editora. 2011.Pag. 206

⁸³ Ríos, Isabel González. *Regimen Jurídico de la eficiencia y el ahorro energético*. In Revista Jurídica de Navarra. Nº 50. Julho-Dezembro de 2010. Pag.176

Mesmo sem um reconhecimento expresso de competências em matéria energética no Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia, a UE desenvolveu uma importante política energética com o apoio em suas competências sobre o meio ambiente. Contudo, atualmente com o expresso reconhecimento da competência em matéria de energia e alterações climáticas fez com que a política energética figurasse entre uma das principais ações da UE⁸⁴.

Uma das medidas em termos de política energética adotada pela UE foi a elaboração do *Livro Verde sobre uma estratégia europeia para energia sustentável, competitiva e segura* [COM(2000) 769 final]⁸⁵, que serviu de base para o desenvolvimento do *Pacote de Energia*, em que a UE define a política energética comunitária que tem como principais pilares a eficiência energética e a redução das emissões de CO₂. Entre as medidas a serem adotadas pela EU para concretização dos objetivos está a criação de um verdadeiro mercado interno de energia, o desenvolvimento de uma Carta do Consumidor de Energia e a garantir a segurança no abastecimento.

Ainda no que diz respeito a eficiência energética a UE assumiu o compromisso de reduzir 20% do consumo de energia até o ano de 2020, através da aprovação do *Pacote Energia Clima – 20/20/20*⁸⁶. Para atingir o objetivo comprometido a União pretende adotar medidas que passam pela conscientização do consumidor, chamando a atenção para a necessidade de um consumo racional e eficiente, além de medidas de economia de energia no setor dos transportes, implementação de requisitos mínimos para os aparelhos

⁸⁴ Ríos, Isabel, Gonzalez, *op. Cit.* 200. Pag. 176.

⁸⁵ O Livro Verde prevê uma série de medidas para desenvolver a política energética da UE: a implementação efetiva de um mercado interno do gás e da eletricidade, garantir a segurança do abastecimento, para o qual propõem a criação de um Observatório Europeu do Aproveitamento Energético, a busca por uma mistura mais sustentável de energia, uso eficiente e diversificada da investigação e inovação, o diálogo internacional para uma política energética externa coerente, a luta contra a mudança climática.

⁸⁶ União Europeia aprovou em 17 de Dezembro de 2008 o chamado "Pacote Energia -Clima 20/20/20", que institui uma mudança de paradigma, uma vez que, os 27 Países membros da União Europeia ao chegarem no ano de 2020 terão de ter 20% a menos de emissão de gases com efeito estufa, face aos volumes emitidos em 1990; 20% a mais de energias renováveis no consumo energético, mais que duplicando os 8,5% de cota de renováveis em 2005 e 20% a menos de consumo energético face ao desempenho da eficiência energética.

elétricos, a melhoria da eficiência na produção, transporte e distribuição da energia e medidas de eficiência energética para os edifícios.

Contudo, a Política Comunitária de Eficiência Energética ganhou corpo próprio a partir da aprovação do *Livro Verde sobre Eficiência Energética ou "Fazer mais com menos"* [COM (2005) 265 final], que procurou identificar os principais pontos de estrangulamento que impedem a obtenção da eficiência energética, agindo como um verdadeiro catalisador acerca desta matéria, atingindo todos os níveis da sociedade europeia, o comunitário, nacional, regional e local. Dando ainda, um enfoque para o arranque internacional, de maneira a contribuir na resolução dos problemas relativos as alterações climáticas através da eficiência energética.

A UE aprovou os seguintes planos e programas de ação, Plano de Ação (2000-2006), o Plano de Ação para Eficiência Energética (2007-2012) e o Programa *Energia Inteligente – Europa* (2007-2013). O *Plano de Ação* reconhecia como objetivo principal a redução de 10% do consumo e energia até o ano de 2010, através da adoção de medidas em grande parte de caráter obrigatório, através da integração da política de eficiência energética com outras políticas, como a dos transportes, através de acordos voluntários com indústrias automobilísticas, política regional e urbana, através de normas para indústria da construção, acordos comerciais com indústrias de aparelhos domésticos, para além da integração com políticas de caráter fiscal, políticas de cooperação internacional, e a promoção da eficiência energética nos contratos públicos, além da realização de auditorias energéticas nas indústrias do setor terciário.

Visando cumprir com o objetivo de redução de 20% do consumo de energia até 2020, a UE aprovou o *Segundo Plano de Ação*, em qual se previa medidas como o estabelecimento de normas para o desenho ecológico e a melhora das normas de etiquetagem dos aparelhos e equipamentos consumidores de energia elétrica, além da melhora na eficiência da transformação, transporte e distribuição de energia, evitando a perda durante o processo. Este Plano de Ação adotou também medidas potencializadoras de financiamentos e de incentivos econômicos com a finalidade de fomentar os

projetos de eficiência energética, bem como a realização de programas de educação e conscientização cívica sobre a necessidade das poupanças energéticas.

Por fim, o *Programa Energia Inteligente. Europa*, faz parte do *Programa Macro para a inovação e competitividade*, na condição de subprograma, tem por objetivo o aumento da eficiência energética e a adoção de novas fontes de energia.

A Comissão Europeia elaborou a *Comunicação de 13 de novembro de 2008: eficiência energética: alcançar o objetivo de 20%*, em que foi estabelecido uma série de medidas para melhorar a eficiência energética dos edifícios e dos produtos, além de fomentar a cogeração e o financiamento para os projetos de desenvolvimento urbano relacionados com a eficiência energética.

Através da análise da política comunitária sobre eficiência energética depreende-se que as medidas de eficiência e poupança energética propostas pela UE passam por diversos setores econômicos, demandando uma intervenção ativa por parte do poder público, agentes econômicos e os cidadãos. Sendo a regulação normativa, a conscientização social e meios de financiamento instrumentos imprescindíveis para a garantia de uma melhora na eficiência e economia energética, a fim de alcançar os objetivos estipulados pelas políticas comunitárias⁸⁷.

Todavia, a UE enfrenta um grande obstáculo para realização das medidas previstas em suas políticas de eficiência energética, qual seja o seu financiamento. Por esta razão, a UE propôs⁸⁸ a criação do *Fundo Mundial para eficiência energética e as energias renováveis*, buscando atrair investimentos privados para seus projetos. Este fundo estabelecerá uma associação entre o setor público e privado, permitindo a partilha de riscos e co-financiamento.

⁸⁷ Ríos, Isabel González. *Regimen Jurídico de la eficiencia y el ahorro energético*. In Revista Jurídica de Navarra. Nº 50. Julho-Dezembro de 2010. Pag. 179.

⁸⁸ Através da Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, de 6 de outubro de 2006, a mobilização de recursos públicos e financiamento privado para acesso global de serviços energéticos seguros, através do Fundo Mundial para eficiência energética e as energias renováveis.

2.3.2.1 DIRETIVAS COMUNITÁRIAS SOBRE EFICIÊNCIA ENERGÉTICA

Em relação ao quadro normativo comunitário baseado na eficiência, com base em programas e planos de ação mencionados neste trabalho, a UE adotou uma série de regras destinadas a harmonizar legislação nacional na área, promovendo o envolvimento de Estados-Membros⁸⁹.

Incorporando as medidas apontadas no Livro Verde sobre Eficiência Energética, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia aprovaram a Diretiva 2006/32 CE, relativa à Eficiência na utilização final de Energia e aos serviços Energéticos⁹⁰, que tem por objetivo aumentar a relação custo eficácia da melhoria da eficiência da utilização final da energia elétrica.

A Diretiva 2006/32 CE estabeleceu objetivos indicativos, mecanismos, incentivos e quadros institucionais, financeiros e jurídicos necessários a eliminação das entraves do mercado que acabam por impedir a utilização eficiente da energia final. Criando ainda, condições para o desenvolvimento de um mercado de serviços energéticos e outras medidas de melhoria de eficiência energética aos consumidores finais, incentivando o aparecimento das ESCOS, empresas voltadas para a prestação de serviço de eficiência energética, tanto para consumidores finais, como para agentes envolvidos no setor elétrico.

Esta diretiva articulou as orientações em matéria de política de eficiência energética a nível internacional, com as diretrizes impostas ao mercado energético como por exemplo, a adoção de instrumentos de gestão e procura, a abertura de concursos para as novas tecnologias baseadas em eficiência energética, em imposição de medidas de eficiência energética à Administração Pública, criação de mercados no âmbito da eficiência energética, como os Certificados Brancos⁹¹, que será abordado no capítulo seguinte da presente dissertação.

⁸⁹ Ríos, Isabel González. *Regimen Jurídico de la eficiencia y el ahorro energético*. In Revista Jurídica de Navarra. Nº 50. Julho-Dezembro de 2010. Pag.180.

⁹⁰ Que revogou a diretiva 93/76 CEE relativa à limitação das emissões de dióxido de carbono através do aumento da Eficiência Energética

⁹¹ Silva, Suzana Tavares. *Direito da Energia*. Coimbra Editora. 2011.Pag.207.

No âmbito desta Diretiva, o Estado e as Entidades Públicas devem servir de parâmetro de referência em eficiência energética, devendo adotar a utilização de critérios de eficiência energética na contratação Pública. Além de, instituir obrigações aos distribuidores de energia, operadores das redes de distribuição e comercializadores de energia a retalho a incentivarem a eficiência energética de seus consumidores e subsidiarem fundos destinados ao financiamento de programas públicos para este fim⁹².

No ano de 2009, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia aprovaram a Diretiva 2009/125 CE, relativa à criação de um quadro para definir os requisitos de concepção ecológica dos produtos relacionados com o consumo de energia, a Diretiva do Eco Design.

A referida Diretiva prevê a definição dos requisitos a serem observados pelos produtos relacionados como consumo de energia, abrangido por medidas de execução para sua colocação no mercado, contribuindo, desta forma, para o desenvolvimento sustentável, posto que, aumenta a eficiência energética e o nível de proteção do ambiente, aumentando também, a segurança no fornecimento de energia (Artigo 1º, número 2 da Diretiva).

A Diretiva 2010/30 UE⁹³, relativa à indicação do consumo de energia e de outros recursos por parte dos produtos relacionados com a energia, por meio da rotulagem e outras indicações uniformes relativas a estes produtos, que buscou atingir uma melhor eficiência dos produtos relacionados com a energia, através de uma escolha informada do consumidor, sendo benéfico para a economia da União Europeia.

Os rótulos e as fichas gozam de presunção de veracidade, até que as Autoridades Públicas provem o contrário. Ademais, esta Diretiva impõe aos Estados Membros a promoção de compras públicas ecológicas, ante a possibilidade de instituir um sistema de incentivo a estes produtos, respeitando

⁹² Silva, Suzana Tavares da. *Direito da Energia*. Coimbra Editora. 2011. Pag. 209

⁹³ Esta Diretiva revogou a Diretiva 92/75 CEE, com vistas a se ajustar ao Direito Administrativo Europeu, resultado do Tratado de Lisboa.

os limites impostos no Tratado de Funcionamento da União Europeia -TFUE para os auxílios estatais⁹⁴.

Foi aprovada a Diretiva 2010/31 UE, relativa ao desempenho energético dos edifícios, que revogou a Diretiva 2002/91 CE. Esta nova Diretiva de desempenho energético dos edifícios, é de extrema importância às políticas comunitárias sobre a eficiência energética, eis que os edifícios representam 40% do consumo de energia elétrica da União Europeia. Estabelecendo, para tanto, por exemplo, à aplicação de requisitos mínimos para o desempenho energético dos edifícios novos e frações autônomas novas, aos planos nacionais para aumentar o número de edifícios com necessidades quase nulas de energia, e a certificação energética dos edifícios e frações autônomas, estendendo-se também aos edifícios da Administração Pública.

Em 25 de outubro de 2012 foi aprovada a nova Diretiva relativa à eficiência energética, a Diretiva 2010/27 EU, que além de alterar as Diretivas 2009/125 CE e 2010/30 UE, revogou as Diretivas 2004/8 CE⁹⁵ e 2006/32 CE⁹⁶.

A nova Diretiva reforça as disposições das diretivas revogadas através de uma abordagem integrada para explorar e reforçar todo o potencial de economia existente, desde o fornecimento de energia até os setores de utilização final, visando o cumprimento da meta estabelecida para 2020, ou seja, o aumento de 20% de eficiência energética. A nova Diretiva contribui também para a realização dos objetivos estabelecidos no Roteiro de Transição para uma Economia Hipocarbônica Competitiva em 2050, em especial no que diz respeito a redução dos gases do efeito estufa do setor de energia e em atingir uma produção de eletricidade com emissões nulas até o ano de 2050.

A nova Diretiva estabelece um quadro comum de medidas de promoção da eficiência energética no âmbito da União, através de regras destinadas eliminar os obstáculos no mercado de energia e ultrapassar as

⁹⁴ Silva, Suzana Tavares da. *Direito da Energia*. Coimbra Editora. 2011. Pag.216.

⁹⁵ Diretiva 2004/8/CE, de 11 de Fevereiro de 2004 relativa à promoção da cogeração com base na procura de calor útil no mercado interno da energia, que alterou a Diretiva 92/42/CEE

⁹⁶ Todas as disposições substantivas da Diretiva 2006/32 CE foram revogadas, exceto o artigo 4º, nºs 1 a 4, e os Anexos I, III e VI. As disposições que permanecem válidas devem continuar a serem aplicadas até o termo final do prazo fixado para o cumprimento de 9% estabelecido na referida Diretiva quanto ao aumento da eficiência energética até 2016.

deficiências do mercado que impedem a eficiência no aprovisionamento e na utilização de energia, além de prever o estabelecimento de objetivos nacionais indicativos em matéria de eficiência energética para 2020⁹⁷.

A Diretiva 2012/27 determina a utilização de vários instrumentos jurídicos-administrativos para a promoção da eficiência na utilização da energia, entre os quais tenham por finalidade: 1) a renovação dos edifícios, tanto públicos como privados; 2) destacar o papel exemplar dos edifícios dos organismos públicos⁹⁸ no que diz respeito a uma melhora no desempenho energético; 3) a obrigação de aquisição pelo setor da Administração Pública apenas de produtos, serviços e edifícios com elevado desempenho energético, desde que coerente com custo-eficácia, viabilidade econômica e sustentabilidade; 4) auditorias energéticas e sistemas de gestão de energia para todos os consumidores finais de energia, incluindo as Pequenas e Médias Empresas, embora em caráter opcional e a sensibilização dos agregados familiares quanto às vantagens dessas auditorias através de aconselhamentos adequados⁹⁹; 5) o fornecimento de contadores individuais inteligentes aos consumidores finais de eletricidade, gás natural e sistemas urbanos de aquecimento e arrefecimento, a preços competitivos e que reflita com exatidão o consumo real de energia do consumidor; 6) o fornecimento de informações detalhadas na faturação para os consumidores finais que não disponham de contadores inteligentes, devendo as informações serem precisas e baseadas no consumo efetivo para todos os setores abrangidos pela Diretiva, incluindo os distribuidores de energia, os operadores das redes de distribuição e as empresas de venda de energia a retalho; 7) Assegurar que os consumidores finais recebam gratuitamente todas as faturas e informações sobre a faturação relativamente ao consumo de energia, e que também tenham acesso

⁹⁷ As regras estabelecidas pela nova Diretiva são tidas como requisitos mínimos e não obstam a que os Estados Membros mantenham ou introduzam medidas mais rigorosas, desde que compatíveis com direto da União Europeia.

⁹⁸ Sem prejuízo do artigo 7º Diretiva 2010/31 EU, cada Estado Membro deve assegurar que a partir de 1º de Janeiro de 2012, sejam renovados todos os anos o equivalente a 3% da construída total dos edifícios ocupados pela Administração Pública, a fim de atingir os requisitos mínimos de desempenho energético estabelecido pelo artigo 4º da Diretiva 2010/31.

⁹⁹ As Auditorias Energéticas deverão ter em conta as normas europeias ou internacionais pertinentes como as normas EN ISO 50001 – Sistema de Gestão de Energia ou EN 16247-1 – Auditorias Energéticas, ou se incluir uma auditoria energética a EN ISO 14000 – Sistemas de Gestão do Ambiente. A Diretiva prevê ainda a elaboração de uma norma europeia específica para as auditorias energéticas.

adequado e gratuito aos dados referente a seu consumo; 8) Programa de Informação e Participação dos consumidores, através da adoção de medidas que promovam e facilitam a utilização eficiente da energia, inclusive por agregados familiares; 9) Regime de Obrigação de Eficiência Energética, onde inclui-se taxas sobre energia ou dióxido de carbono, mecanismos e instrumentos de financiamento ou incentivos fiscais, disposições regulamentares ou acordos voluntários, normas que visem a melhoria da eficiência energética dos produtos e serviços, sistema de rotulagem energética e ações de formação e sensibilização e 10) aplicação de um sistema de sanções no caso de incumprimento das disposições nacionais visando assegurar a sua aplicação.

Ressalta-se que com relação ao regime de Certificados Brancos a nova Diretiva propõe que o mesmo seja aplicado em nível nacional, ao contrário do que dispunha a antiga Diretiva 2006/32, que pretendia estabelecer um regime de Certificados Brancos à escala da União. A nova Diretiva prevê o estabelecimento de um grau de ambição desses regimes no âmbito de um quadro comum a toda a União, em contrapartida confere maior flexibilidade aos Estados Membros para que estes tenham em conta a organização nacional dos intervenientes de mercado, o contexto específico do setor da energia e os hábitos dos consumidores finais.

A nova Diretiva dispõe também sobre a eficiência energética no aprovisionamento de energia, através de medidas de promoção da eficiência no aquecimento e arrefecimento; medidas que assegurem que as autoridades reguladoras nacionais do setor de energia levem em conta a eficiência na transformação, transporte e distribuição de energia.

Além, da eficiência na utilização da energia e no aprovisionamento energético, a Diretiva conta com instrumentos que visam a disponibilidade de regimes de qualificação, acreditação e certificação; instrumentos de informação e formação sobre os mecanismos de eficiência energética disponíveis e sobre quadro financeiro e jurídico; instrumentos que promovam o mercado dos serviços energéticos, sobressaltando o papel das ESCOS e garantindo o acesso das Pequena e Médias Empresas a esse mercado; a implementação do

Fundo Nacional de Eficiência Energética, e financiamento e apoio técnico para a aplicação das medidas de eficiência energética.

2.4. AS ENTRAVES ENFRENTADAS NA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS VOLTADAS À PROMOÇÃO DA EFICIÊNCIA ENERGÉTICA E SEUS INSTRUMENTOS JURIDICO-ADMINISTRATIVOS

Conforme apontado pelo *Livro Verde sobre Eficiência Energética* e o comunicado da Comissão *Eficiência Energética atingir o objectivo de 20%*, a eficiência energética é a solução mais eficaz para o alcance da sustentabilidade a longo prazo, gerando, inclusive, benefícios econômicos. A eficiência energética deve ser encarada com bons olhos, posto ser benéfica para a economia, além de gerar vários benefícios indiretos. Os produtos e materiais energeticamente eficientes e os serviços energéticos constituem um mercado altamente lucrativo, aumentando as exportações e colaborando para criação de vários novos postos de empregos.

Como observado através das análises das políticas voltadas a promoção da eficiência energética, vários são os instrumentos que garantem a eficiência energética, tais como os acordos voluntários, etiquetagem energética de equipamentos, certificação energética dos edifícios, impostos sobre energia, subsídios, incentivos financeiros, serviços energéticos, comércio de licença de emissões, Certificados Brancos, entre outros.

Contudo, as políticas voltadas para a promoção da EE enfrentam diversas barreiras para sua efetivação, além do fator preponderante de falta de financiamento, uma vez que a maioria das medidas e instrumentos demandam de altos investimentos, podemos citar a falta da adoção por parte dos consumidores de energia de equipamentos e hábitos de consumo mais eficientes, eventuais externalidades ambientais que não são refletidas nos preços, justificando-se a necessidade de implementar medidas que promovam a eficiência no consumo.

Ainda de acordo com o *Livro verde sobre a eficiência energética. Fazer Mais com Menos*, numa perspectiva a médio e longo prazo, o principal fator é a falta de informação nos mercados, sobretudo quanto a disponibilidade de novas tecnologias, os custos do próprio consumo de energia e da falta de formação dos técnicos. Essa falta de formação e informação sobre as melhores

tecnologias disponíveis no mercado, o impacto econômico e financeiro das taxas de investimentos, aliado com a aversão ao risco por parte dos investidores, acaba por encorajar os potenciais investidores a continuarem a apoiar tecnologias ultrapassadas, que não sejam eficientes e que não ofereçam o melhor rendimento.

É neste contexto de entraves às políticas de promoção de eficiência energética, ante a falta de informação e formação que reflete diretamente na dificuldade de investimento dos agentes econômicos que emergem as obrigações de eficiência energética, em especial o Regime de Certificados Brancos que será abordado no próximo capítulo, uma vez que este instrumento de mercado possibilita o oferecimento de serviços energéticos a todos os consumidores finais, além de estimular a concorrência no mercado de energia pelo fato de associar a venda de energia enquanto *commodities* com prestação de serviços e produtos energéticos complementares.

3. CERTIFICADOS BRANCOS

O foco deste capítulo será fornecer a estruturação do esquema de Certificados Brancos, abordando seu conceito, elementos de implementação, bem como, seu funcionamento, partindo *a priori* de um ponto de vista teórico.

Após este enquadramento teórico, examinar-se-á alguns dos esquemas de Certificados Brancos em vigor, com apontamentos das diferenças em suas características e dos pontos relevantes para este trabalho.

Por fim, analisar-se-á os Certificados Brancos face aos sistemas concorrentes, tais como Créditos de Carbono, Certificados Verdes, Impostos Energéticos e Subsídios.

3.1. CONCEITO DE CERTIFICADOS BRANCOS

Os Certificados Brancos, também conhecidos como Títulos de Eficiência Energética são tidos como um dos novos instrumentos chaves para a promoção da eficiência energética, vindo desta forma complementar o quadro de políticas e medidas existentes, contribuindo para o alcance dos objetivos de eficiência energética, de uma forma custo-eficaz¹⁰⁰.

A Comissão Europeia através da Diretiva 2006/32/CE, deixou a opção aos Estados-Membros à adoção de um esquema de Certificados Brancos como forma de seu cumprimento, tendo este posicionamento sido confirmado com a nova Diretiva 2012/27 UE, a antiga Diretiva em seu artigo 3º definiu o conceito dos CBs, como "Certificados emitidos por uma entidade independente devidamente certificada, elegendo os agentes de mercado, as medidas e objetivos de poupança de energia, como a consequência das medidas preconizadas de eficiência".

Os Certificados Brancos são instrumentos híbridos, pois a primeira vista é considerado como uma ferramenta contabilística, que comprova uma dada poupança energética em um determinado lugar e período de tempo. Sendo que

¹⁰⁰ N Labanca, *Certificados Brancos: conceito e experiências de mercado*. Euro WhiteCert Project. Pag. 2.

após a comprovação e consequente certificação, o mesmo se torna um instrumento de mercado, podendo ser negociado de acordo com as regras do mercado (caso estes sejam transacionáveis) ¹⁰¹.

A origem dos Certificados Brancos transacionáveis é baseada na junção de vários modelos de instrumentos de planejamento integrado de mercado, de gestão do lado da procura e também nos sistemas de obrigações de poupança das *utilities* energéticas, descendendo também dos direitos de propriedade transacionáveis¹⁰².

Para que vigore um esquema de Certificados Brancos, existem algumas importantes características a serem ponderadas, tais como a criação de um mercado livre, que tenha como finalidade a implementação de medidas que visem à economia de energia, através da adoção de obrigações claras e transparentes e que conduzam as falhas de mercado, para que estas sejam cada vez menores, possibilitando que o sistema opere com um orçamento muito reduzido, e consequentemente criando condições favoráveis para que os agentes obrigados possam vir a recuperar os custos através das tarifas¹⁰³.

Os mercados energéticos, onde se incluem os de Eficiência Energética, não podem ser corrigidos apenas pelo preço, ante a assimetria de informação¹⁰⁴. Além do que, as medidas regulatórias e os incentivos em EE, não estão totalmente sincronizados com a desregulação do lado da oferta nos mercados energéticos. Assim, para os economistas é plausível que este tipo de medida seja apoiado por instrumentos com acesso a um mercado, como os

¹⁰¹ Adrian Perrels, em Market Imperfections and economic efficiency of White Certificates systems, artigo publicado no Periódico Energy Efficiency, 2008, 34(2), assim define “Um Certificado Branco é entendido como representando uma dada quantidade de poupanças energéticas que pode ser realizada durante um período de compromisso pré-especificado, como resultado de um investimento em poupanças energéticas levado a cabo num esquema de CBs”.

¹⁰² Labanca, N. & Perrels, A. *Tradable White Certificates – a promising but tricky policy instrument*. Energy Efficiency Journal. 2008. Pag. 233-234.

¹⁰³ SCHNEIDER, H., BURGERS, J. & DUCOS, V. *Tradable Energy saving certificates: added value and feasibility*. Feasibility of Energy Saving Certificates. Consultants on Energy and the Environment. (CEA). 2005. Delft, Holland.

¹⁰⁴ Perrels, A, 2008, *Op. Cit.* Pag. 350.

Certificados Brancos, como uma alternativa para minimizar as distorções de mercado, refletindo, assim com maior precisão a preferência do consumidor¹⁰⁵.

Um esquema de Certificados Brancos quando bem articulado, contribui de forma incisiva, encorajando a utilização de medidas de eficiência energética, estimulando as tecnologias mais avançadas, diminuindo a utilização de combustíveis de origem fóssil¹⁰⁶. Outro fator de relevância, é que por ser um instrumento com acesso ao mercado, se comparado com as políticas de comando e controle, este possui vantagem de poder ajudar na distorção dos preços da energia entre os setores, além de financiar a eficiência energética através do capital privado, principalmente por parte das *Energy Services Companies* - ESCO's¹⁰⁷, reduzindo os custos estatais¹⁰⁸.

Labanca¹⁰⁹ enumera alguns dos benefícios-chaves no sistema de Certificados Brancos: I) a certificação garante a obtenção dos objetivos acordados; II) possibilidade de comercialização reduz os custos dos objetivos a um patamar mínimo; III) reduz os custos para o Erário Público, além de estimular o mercado para o desenvolvimento das ESCOS. Contudo, o sistema não é imune a inconvenientes, podendo surgir algumas desvantagens, como por exemplo: o sistema visa o aumento de eficiência energética, que nem sempre vem associado com a redução do consumo energético; pode envolver elevados custos administrativos e de transação, além de poder favorecer as ações de fácil implementação, medida e verificação - M&V.

¹⁰⁵ Ruttherfor, J. P., Scharpf, E. W. & Carrington, C. *Linking consumer energy efficiency with security of supply*. Energy Policy. 35(5). 2007. Pag. 3030.

¹⁰⁶ MUNDACA, L & NEIJ, L. *Tradable White Certificates Schemes – What can we learn from early experiences in other countries? A Swedish National report in the Context of the IEA – DSM Task XIV Market Mechanisms for White Certificates Trading*. International Institute for Industrial Environmental Economics. Lund University, Sweden. 2006.

¹⁰⁷ As Energy Services Companies - ESCOS, são um conjunto de empresas prestadoras de serviços energéticos, em outras palavras, são responsáveis pela implementação de projetos voltados para a economia de energia, baseado por um modelo de contrato de desempenho energético. As ESCOS garantem seus lucros através dos ganhos efetivos das poupanças energéticas já implementadas, uma vez que este tipo de empresa é quem na maioria dos casos programa os projetos de eficiência energética em nome dos agentes obrigados em um sistema de Certificados Brancos.

¹⁰⁸ LABANCA, N. *The EuroWhiteCert Project and the special case of White certificates*. Implementation and evaluation of energy end-use efficiency policies and energy services in Europe. La Colle sur Loup. France. 2007. Pag. 37.

¹⁰⁹ N Labanca, *Certificados Brancos: conceito e experiências de mercado*. Euro WhiteCert Project.S/D. Pag. 2.

Vários aspectos estão relacionados com a criação deste sistema de Eficiência Energética, do qual destacamos 1) preenchimento do *gap* energético¹¹⁰ de forma mais efetiva; 2) o custo razoável na realização das poupanças energéticas relativamente aos outros instrumentos; 3) o progresso atual em termos de Eficiência Energética ainda é insuficiente sob uma perspectiva socioeconômica; 4) o surgimento de mais uma oportunidade no mercado ambiental; 5) o caráter positivo da imagem da Eficiência Energética em questões ambientais¹¹¹; 6) redução da emissão de gases de efeito estufa e a conseqüente melhoria da qualidade do ar; 7) a introdução de novas tecnologias de eficiência energética, contribuindo para a competitividade e geração de emprego¹¹²; 8) como ferramenta contabilística serve como um comprovativo de poupança energética, possibilitando que a entidade gestora do sistema receba informações fiáveis, quanto ao grau de cumprimento dos agentes com obrigação.

Um dos principais objetivos do sistema é a mudança de paradigma da simples venda de energia enquanto *commodity*, para a venda de serviços energéticos acrescentados ao produto básico, isso porque o Sistema de CBs incentiva cada vez mais que os fornecedores e distribuidores de eletricidade e gás passem a prestar serviços de eficiência energética e energia como um serviço de valor agregado que será cada vez mais importante na retenção de clientes nos mercados liberalizados¹¹³.

Por fim, vale ressaltar que os sistemas de certificação, como os Certificados Brancos, não são um instrumento de política em si, mas sim um meio para atingir os objetivos estabelecidos nos pacotes de políticas e medidas específicas, sob um enfoque custo-eficaz¹¹⁴, uma vez que a eficiência dos instrumentos de mercado depende que os objetivos políticos, tais como

¹¹⁰ O *gap* energético é a diferença entre poupanças atuais e potenciais.

¹¹¹ GOUVEIA, João Pedro Luz. *Certificados Brancos. Análise e contributos para sua aplicação em Portugal*. Pag.61.

¹¹² N Labanca, *Certificados Brancos: conceito e experiências de mercado*. Euro WhiteCert Project. Pag. 2.

¹¹³ Bertoldi, P. & Rezessy, S. 2008, *Op. Cit.* Pag. 241.

¹¹⁴ M. Voogt, M. Luttmer, and E. D. Visser. *Review and analysis of national and regional certificates schemes*. Euro WhiteCert Project. Pag. 10.

acessibilidade justa e segurança energética, sejam alcançados ao menor custo possível¹¹⁵.

3.1.1. PRINCÍPIOS ESSENCIAIS DO SISTEMA DE CERTIFICADOS BRANCOS.

Para que se possa implementar um Sistema de Certificados Brancos (negociáveis ou não), deve-se executar um conjunto de princípios essenciais, uma vez que o leque de opções das formas em que este sistema pode ser criado é muito extenso, dependendo assim, do modo como se deverá colocar em prática esses princípios e na combinação com demais fatores do próprio mecanismo nacional¹¹⁶.

De acordo com Capozza¹¹⁷, a efetivação de um Sistema de Certificados Brancos deve passar necessariamente por três fases distintas. Sendo a primeira delas, a fase de escolha do Órgão Público que ficará responsável pela definição dos princípios que irão vigorar dentro Sistema, bem como, a escolha dos mecanismos que irão funcionar dentro do sistema com relação às metas de poupança de energia a serem alcançadas, os vetores de energia sobre os quais essas metas recairão, os agentes com obrigações de poupança energética, os projetos e agentes elegíveis, a atribuição dos critérios da redução do consumo de energia, medição e verificação – M&V e por fim o regime de incumprimento das metas estabelecidas.

A segunda fase diz respeito à tradução das poupanças energéticas obtidas em Certificados Brancos, ou seja, a equivalência entre a economia auferida e os Certificados Brancos, em outras palavras, é nesta etapa em que se determina a correspondência entre a energia economizada e os certificados,

¹¹⁵ Perrels, A., Iostertag, K. & Henderson, G. *Reshaping markets for the benefit of energy saving*. Energy Policy. 34. 2006. Pag. 123.

¹¹⁶ Da Costa, Diana Cristina Pereira. *Especificações de um Sistema de Certificados Brancos e Estudo do seu Impacto no Plano Nacional para Eficiência Energética*. Pag.26. Disponível em: <http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/59172/1/000137615.pdf>

¹¹⁷ CAPOZZA, A., GRATTIERI, W. *Market instruments based on White Certificates: a review of international experiences*. Pag. 2.

o que posteriormente contribui para influenciar o funcionamento, o preço e a comercialização destes¹¹⁸.



Figura 1: A equivalência entre a energia economizada e os Certificados Brancos.

A terceira fase é quando se definem as regras das negociações dos Certificados Brancos, tanto para o mercado público, como para as transações bilaterais, em que no lado da procura estão os agentes com obrigações e no lado da oferta os agentes elegíveis.



Figura 1.1: Relação de oferta e procura dentro do sistema de Certificados Brancos, consoante os agentes.

A conciliação entre a oferta e a procura é basicamente estruturada a partir das seguintes premissas: os compradores, que em via de regra são os agentes obrigados, precisam de Certificados para cumprirem seus objetivos e em contra partida, os vendedores possuem Certificados Brancos em excesso, uma vez que os vendedores são agentes elegíveis, isto é, sem obrigações, ou

¹¹⁸ M. Voogt, M. Luttmer, and E. D. Visser. *Review and analysis of national and regional certificates schemes*. Euro WhiteCert Project. Pag. 10.

agentes obrigados, que alcançaram um número de certificados superior ao da meta pré-estabelecida¹¹⁹.

3.1.2 DEFINIÇÃO E FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE CERTIFICADOS BRANCOS E SEU MERCADO.

Para que seja estabelecido um sistema de Certificados Brancos, vários passos essenciais¹²⁰ devem ser seguidos, para que se possa definir o funcionamento deste, onde todos os elementos podem influenciar o sucesso, bem como a operacionalidade do esquema.

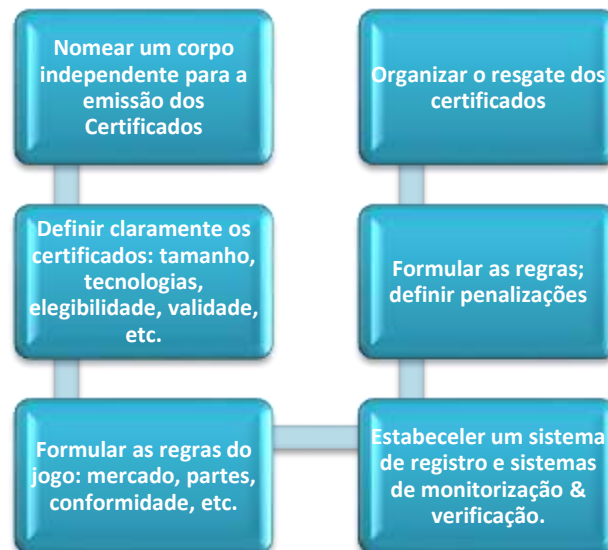


Figura 2: Ilustração dos principais passos a serem seguidos para a implementação do Sistema de Certificados Brancos. **Fonte:** Labanca.

A garantia de funcionamento dos Certificados Brancos reside na combinação entre a garantia de resultado, dadas às obrigações em eficiência energética impostas pela Autoridade competente a alguns agentes econômicos, tais como distribuidores ou produtores de gás e eletricidade, para um determinado período de tempo, e a eficiência econômica dos mecanismos de mercado. Os agentes, tanto os obrigados como os voluntários, por sua vez, cumprem os objetivos através da execução das medidas de eficiência

¹¹⁹ CAPOZZA, A., GRATTIERI, W. *Market instruments based on White Certificates: a review of international experiences*. Pag. 3.

¹²⁰ N Labanca, *Certificados Brancos: conceito e experiências de mercado*. Euro WhiteCert Project. Pag. 3.

energética eleitas, ou seja, os projetos que tenha sido reconhecida a capacidade real e notável de economia energética, recebendo posteriormente os certificados, e no caso destes agentes cumprirem além das metas previstas, recebem certificados excedentes, dos quais, podem guardar para cumprimento de metas futuras ou transacionar com agentes que não tenham cumprido com as suas obrigações, havendo assim uma garantia de resultado¹²¹.

Existindo ainda, a possibilidade para os agentes que não conseguirem cumprir com as suas obrigações à opção de pagar multas, que devem ser suficientemente altas, superiores ao custo marginal da poupança energética, forçando os agentes a investirem na adoção de medidas de eficiência energética, garantindo em termos significativos à redução do consumo de energia. A escolha entre as opções nesse caso vai depender do preço de mercado dos certificados e do valor das multas em comparação ao custo marginal da redução.

Podendo haver ainda, a opção de empréstimo, quando um agente obrigado não consegue atingir sua meta, este fica obrigado a atingir uma meta superior no período subsequente.

No caso de sistemas em que seja permitida a negociação dos certificados, cada transação deve ser comunicada à organização responsável pela emissão, para que se proceda à transferência de titularidade junto ao sistema central de registros. E caso o agente proprietário do certificado resolva utilizá-lo para cumprir com obrigações futuras, é necessário que se proceda ao resgate do certificado, devendo o órgão competente transferir o certificado para conta de resgate, registrando no sistema central, de modo que este certificado não possa mais ser transferido ou negociado¹²².

Em um sistema de Certificados Brancos deve haver a redução das barreiras legais e dos custos de transação, a existência dos agentes de mercado informados, a presença de um grande número de compradores e

¹²¹ Vale ressaltar que nem todo esquema de Certificados Brancos são formulados com um esquema de obrigações, podendo ser estabelecido um sistema de mercado voluntário como o modelo imposto pelos Estados Unidos da América, e que necessariamente nem todo sistema de CBs implique a possibilidade de comercialização dos certificados.

¹²² M. Voogt, M. Luttmer, and E. D. Visser. *Review and analysis of national and regional certificates schemes*. Euro WhiteCert Project. Pag. 14. Disponível em: <http://www.ewc.polimi.it/index.php>

vendedores, custo reduzido de cumprimento dos agentes com obrigações de redução, penalizações aplicadas, nível de ambição dos objetivos, fazendo com que desta forma ocorra à liquidez do mercado de Certificados.

A eficácia do sistema depende ainda de uma combinação com outros instrumentos, como por exemplo, campanha de informação para promoção da eficiência energética, objetivando uma alteração cultural e comportamental dos envolvidos neste mecanismo, seja direta ou indiretamente, atingindo soluções economicamente viáveis.

Quanto ao mercado dos Certificados Brancos, para o seu devido funcionamento é necessário à existência de mecanismos de negociação, ou seja, as regras para a negociação dos certificados. De acordo com Capozza¹²³ estes mecanismos são primeiramente a organização do mercado, com um mercado a curto prazo, acordos bilaterais de mercado, isto é, sem a necessidade de um mercado intermediário, a existência de um registro oficial para as transações, regras de gestão e transparência, além de frequências nas transações e regras de segurança para as operações eletrônicas. O autor elenca ainda três mecanismos, quais sejam o resgate, que consiste na possibilidade de manter e utilizar futuramente os certificados em excesso que por ventura tenham consigo com o alcance para além das metas estipuladas; o empréstimo, isto é, a emissão de uma determinada quantidade de Certificados Brancos antes da implementação do projeto a que se referem¹²⁴, e o *grandfathering*, ou direitos adquiridos mecanismo típico de comércio de emissões, onde os certificados são emitidos também contando com “méritos” adquiridos no passado, possibilitando o cumprimento das metas.

A figura abaixo sintetiza o funcionamento do mercado de Certificados Brancos, com base no que foi exposto até aqui.

¹²³ CAPOZZA, A. & GRATTIERI, W. *Market instruments based on White Certificates: a review of international experiences*. Pag. 5

¹²⁴ Como já mencionado o empréstimo é a situação na qual o agente obrigado não consegue atingir a meta preestabelecida, comprometendo-se a cumpri-la no período subsequente.

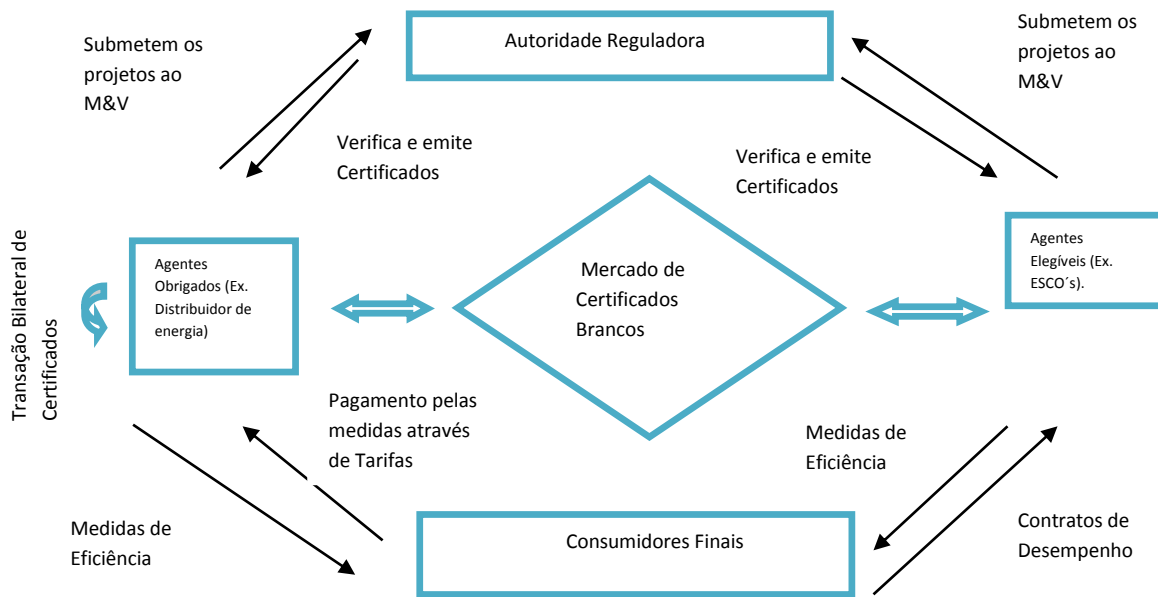


Figura 2.1: Ilustração do Funcionamento do Mercado de Certificados Brancos. **Fonte:** Pereira da Costa.

3.2. CONCEITOS FUNDAMENTAIS DO SISTEMA DE CERTIFICADOS BRANCOS

Os instrumentos com acesso ao mercado são em regra utilizados pelo Poder Público para que se consiga o alcançar os objetivos políticos de uma forma mais custo-eficaz¹²⁵, para que o sistema de Certificados Brancos possua esta eficiência econômica, se faz necessário que o mesmo seja transparente e líquido¹²⁶, isto é, redução de barreiras legais e dos custos de transação, conforme dito alhures, além de informações disponíveis em tempo real, uma grande troca de informações entre os agentes participantes do mercado, e os custos de cumprimento entre estes agentes¹²⁷. Desta forma, visando sempre uma maior eficiência deste instrumento de eficiência energética, várias

¹²⁵ Mundaca, L & Neji, L. *Handbook for the design and evaluation of TWC schemes*. Work Package 5. EuroWhiteCert Project. 2007. Pag.8.

¹²⁶ Conforme os ensinamentos de Paulo Francisco em *Liquidez e Características Intrínsecas das Acções – O Caso do Mercado Europeu*, pag. 1. "Em termos conceptuais a liquidez de um activo traduz-se na facilidade com que o mesmo pode ser transaccionado e trocado por dinheiro ao menor custo possível. Em termos mais práticos, Kyle (1985), na linha de Black (1971) descreve um mercado liquido como um mercado que é quase infinitamente *apertado*, que não tem uma *profundidade* infinita e que apresenta uma *resiliência* adequada de forma que os preços praticados no mercado tendam para o seu valor fundamental."

¹²⁷ Mudanca, L. & Neij, L., *Op. Cit.* 2006. Pag.252.

questões devem ser resolvidas quando da sua implementação, como e.g., quais os agentes econômicos que terão obrigações, quais serão os objetivos a serem implementados, quem será a entidade responsável por definir os esses objetivos, quais agentes poderão participar das transações de mercado, entre outras.

Para que seja assegurada a liquidez de um mercado de certificados transacionáveis, para além da definição do nível de ambição do sistema, da participação de um número considerável de vendedores e compradores outros fatores também são necessários para aumentar a liquidez e transparência, como por exemplo, a criação de plataformas eletrônicas que divulguem o volume e preço das transações, simplificando o encontro entre vendedores e compradores, possibilitando leilões e transações bilaterais; busca pelo alargamento geográfico do mercado, que pode ser alcançada através da combinação entre sistemas ou através da importação e exportação de certificados; permissão ainda que de forma limitada para empréstimos e depósitos de certificados e o fornecimento de certeza na procura para os participantes envolvidos, alcançada através da formulação de objetivos a longo e médio prazo¹²⁸.

De modo que, todos os fatores do sistema de Certificados Brancos concorrem para o sucesso do mesmo, todas as decisões a serem definidas pela entidade gestora quanto às características do sistema são de extrema importância, razão pela qual se faz necessário explicar acerca de todos esses elementos que concorrem para a efetividade deste instrumento de mercado.

3.2.1 OBJETIVO DE EFICIÊNCIA ENERGÉTICA

O primeiro passa para a execução do sistema de Certificados Brancos é a criação de mecanismos regulatórios para impor as obrigadoriedades, ou a

¹²⁸ Mundaca, L & Neji, L. *Policy recommendations for the assessment, implementation and operation of TWC schemes*. Work Package 5. EuroWhiteCert Project. 2007. Pag.54.
Labanca, N. 2007, *op. cit.* Pag. 4.

criação de incentivos ou *utilities* nos casos de sistemas com abordagem voluntária¹²⁹. Definindo os agentes sobre quais as obrigações irão recair, e a distribuição do objetivo de economia energética.

Em regra os Sistemas de Certificados Brancos transacionáveis são abrangidos pelas obrigações, sendo assim compulsória, por uma constituição legal de obrigações de poupanças energéticas que deverão ser cumpridas pelos agentes através do aumento de eficiência energética, possibilitando que essas poupanças sejam comercializadas posteriormente¹³⁰.

Dentro de um sistema de Certificados Brancos podem operar dois tipos de obrigações, as diretas, i.e, obrigações em eficiência energéticas e as indiretas, que são as obrigações em que os certificados exprimem o cumprimento ou elegibilidade para outros instrumentos¹³¹.

Dentro da teoria dos sistemas de Certificados Brancos, existe a possibilidade de este instrumento ser usado de forma voluntária, através de incentivos e *utilities*, contudo, a doutrina entende que um mercado com base no sistema obrigatório produz melhores resultados, além de maior liquidez¹³².

A superação da fase de escolha entre o sistema obrigatório e o sistema voluntário, é seguida pela definição dos objetivos de eficiência energética, que se apresenta como pré-condição para a eficácia do sistema. Em via de regra, a definição deste objetivo é feita pelo Governo e introduzido pela via legislativa, em detrimento do órgão regulador energético, uma vez que a definição dos objetivos do sistema envolve para além da questão energética, preocupações de carácter ambiental e social.

¹²⁹ “A questão da razoabilidade de se impor obrigações de eficiência energética a agentes económicos específicos em vez da adopção de abordagens voluntárias num esquema de certificados transacionáveis i.e. Certificados Brancos, pode ser respondida através de uma análise social custo-benefício. As experiências internacionais com a utilização desse esquema considerando os amplos benefícios sociais e as oportunidades comerciais oferecidas, mostram não ser desapropriado impor obrigações a determinados agentes”. **Fonte:** Schineder, 2005 *apud* Gouveia, *Op. Cit.*, Pag. 57.

¹³⁰ Bertoldi, P & Rezessy, S. *Tradable Certificates for Energy Savings (White Certificates)*. Institute for Environment and Sustainability. European Commission. Joint Research Centre. 2006.

¹³¹ Rezessy, 2005, *apud* Gouveia, *idem*.

¹³² Bertoldi, P., & Rezessy, S., *Tradable White Certificates schemes: fundamental concepts*. Energy Efficiency.2008.pag.241 e Bertoldi & Rezessy, 2006, *Op. Cit.* Pag.25.

Vários objetivos podem ser alcançados com a efetivação do sistema de Certificados Brancos, como e.g. segurança no abastecimento, diminuição dos efeitos causados pelos gases do efeito estufa, redução da poluição, entre outros. Para que todos os objetivos visados pelo Governo decorrentes da implementação do sistema se concretizem, é necessário que esses objetivos sejam definidos de forma audaciosa e com nível de incerteza reduzido.

O Governo ao estipular os objetivos deve o fazer da seguinte forma, primeiramente estabelecendo um objetivo global de redução, independentemente de ser definido de forma absoluta, isto é, em tep, MWh, etc., ou de forma relativa, como por exemplo, tep por unidade de PIB. Posteriormente, deve o Governo estipular os objetivos individuais, em variáveis de mercado ou de forma absoluta, visando sempre à acomodação de uma distribuição equitativa entre os agentes com obrigações¹³³, sendo a partilha dos objetivos entre os agentes baseada, por exemplo, na quota de mercado de cada agente, no número de clientes, potencial das poupanças econômicas, etc.¹³⁴

Uma vez definido o objetivo de redução, este se torna imediatamente o *benchmark*¹³⁵ para posterior avaliação dos resultados obtidos com a implementação do sistema, e averiguação da eficácia em termos energéticos e ambientais¹³⁶.

3.2.1.1 NATUREZA DO OBJETIVO

¹³³ Para Bertoldi & Rezessy, 2006 *Op. Cit.* é de vital importância que os agentes de mercado de menor dimensão econômica sejam excluídos da obrigatoriedade do sistema, uma vez que a inclusão compulsória dos mesmos no sistema acarretaria grandes encargos.

¹³⁴ Bertoldi & Rezessy, 2008, *Op. Cit.*, pag. 25

¹³⁵ *Benchmarking* é uma ferramenta normalmente utilizada na identificação de boas práticas, sendo um processo sistemático e contínuo de avaliação de produtos, serviços e/ou processos de trabalho de organizações reconhecidas como representantes das melhores práticas, com a finalidade de introduzir melhorias na organização. A força do *benchmarking* situa-se no facto de possibilitar a tomada de decisões baseadas em factos, e não em intuições, apresentando um potencial enorme de benefícios para os serviços, quando usado para identificar áreas de melhoria e monitorar os resultados alcançados. Este tipo de avaliação não é um fim em si, mas um meio de apoio ao processo de melhoria, ao examinar e comparar as melhores práticas de outros organismos, faz-se análise do *gap*, através da modelação dos projetos abrangidos. Neste processo o marco referencial é denominado de benchmark. Crespo, Maria João. *Qualificação e Valorização do Capital Humano na Administração Pública e disseminação de Boas Práticas – Guia de Identificação de Boas Práticas*. Ed. INA. Oeiras, 2007. Pag. 26/27.

¹³⁶ Mundaca, L & Neji, L., 2007 *Op. Cit.*, Pag. 49.

A natureza dos objetivos traçados em um esquema de Certificados Brancos depende diretamente dos objetivos almejados pelo Governo com a implementação do sistema. A decisão terá por base o potencial de poupanças energéticas e de eficiência energética identificando as fontes de energia primárias ou finais.

A contabilização dos objetivos pode ser feita em energia primária, energia final e em CO₂, conforme o objetivo visado pelo Governo com a estruturação do sistema de CBs. Há uma série de objetivos políticos que podem ser dirigidos a este instrumento de eficiência energética, como exemplos, maior segurança no aprovisionamento, maior confiabilidade da oferta de energias, redução das emissões de gases de efeito estufa e a redução da poluição local¹³⁷.

3.2.1.2 PERÍODO DE CUMPRIMENTO

O período de cumprimento refere-se ao tempo pré-estipulado para que as obrigações de redução devam ser atingidas, sendo de um aspecto muito importante, pois ele é responsável pelo fornecimento da segurança aos investidores e entidades financeiras¹³⁸. O período de cumprimento deve ser de longo prazo para que, para que se possa garantir uma maior estabilidade na regulação, segurança para os investimentos em eficiência energética e para que os agentes possam adotar medidas mais estruturais¹³⁹.

Um período de cumprimento anual apresenta vantagens, uma vez que os agentes obrigados conseguem cumprir as metas de forma regular e progressiva, além de permitir um controle mais eficaz do mecanismo. Já os períodos de cumprimento mais curtos, requerem a adoção de medidas de flexibilização, como o empréstimo e o depósito de Certificados¹⁴⁰.

¹³⁷ Bertoldi, P & Rezessy, S. *Tradable White certificates schemes: fundamental concepts*. Energy Efficiency Journal. 2008. Pag. 240.

¹³⁸ Bertoldi, P & Rezessy, S, *loc. cit.*

¹³⁹ MedReg. *Effects of the introduction of successful mechanisms to promote Energy Efficiency in non-EU countries*. 2010. Pag.11. Disponível em: www.erse.pt

¹⁴⁰ MedReg. *loc. cit.*

3.2.1.3 CONSTITUIÇÃO DE UM CERTIFICADO BRANCO

De acordo com Bertoldi & Rezessy¹⁴¹, um Certificado Branco é um instrumento emitido pela autoridade competente que comprova que certa quantidade de energia foi economizada durante um determinado período de tempo. Cada certificado deve ser único, rastreável a qualquer momento e que tenha um único proprietário. Em suma, cada certificado carrega a propriedade de determinada quantidade e energia economizada, garantindo que essa economia não seja contabilizada em outro lugar. O direito de propriedade deve ser claro e legalmente seguro, uma vez ser improvável que ocorra a negociação de certificados sem a certeza de propriedade de uma das partes.

O tamanho de um certificado tem implicações importantes para o número de agentes que possam oferecer certificados à venda, a não ser que existam outras restrições. A validade dos certificados está associada a uma flexibilidade, incorporada através de empréstimos bancários, regras para o período de cumprimento e as expectativas dos agentes de mercado sobre a estabilidade política e a continuidade irão influenciar o mercado de CBs¹⁴². Um longo período de validade dos certificados irá aumentar a flexibilidade e elasticidade da demanda a longo prazo, servindo para mitigar os efeitos da incerteza quanto ao cumprimento dos objetivos dentro do prazo estabelecido¹⁴³.

3.2.2 ÂMBITO DE ELEGIBILIDADE

3.2.2.1 AGENTES INTERVENIENTES NO SISTEMA – OBRIGATÓRIOS E VOLUNTÁRIOS

A construção e operação de um sistema de Certificados Brancos envolvem vários grupos de atores, como os distribuidores, fornecedores e

¹⁴¹ Bertoldi, P & Rezessy, S, 2008. *Op. Cit.* Pag. 246.

¹⁴² Bertoldi, P & Rezessy, S, *loc. cit.*

¹⁴³ Bertoldi, P & Rezessy, S, *loc. cit.*

comercializadores de eletricidade e gás, empresas prestadoras de serviços elétricos, grandes e pequenos consumidores de energia, empresas fabricantes de equipamentos energeticamente eficientes, Administração Pública e etc. Esses agentes desempenham diferentes funções dentro do sistema, onde alguns são considerados como agentes obrigados, outros agentes elegíveis ou voluntários, compradores e vendedores de certificados, corretores de mercado, sendo que a função de cada participante do esquema pode variar muito conforme a estruturação do esquema de certificados¹⁴⁴.

Os agentes com obrigações são normalmente os produtores, distribuidores, comercializadores de eletricidade e gás, além dos grandes consumidores de energia, representando a procura no mercado de Certificados Brancos, uma vez que após o período de cumprimento devem comprovar as poupanças energéticas através dos Certificados.

As obrigações estipuladas pela autoridade competente de forma global devem ser posteriormente repartidas entre os agentes obrigados, e após a determinação das obrigações individuais, cada agente deve atingir sua meta durante o período de cumprimento, através da promoção de projetos específicos de eficiência energética para os consumidores finais, seja direta ou indiretamente¹⁴⁵.

Os agentes obrigados representam o lado da demanda do mercado de Certificados Brancos, uma vez que devem obter os certificados ao final do período de cumprimento como prova de que cumpriram as obrigações de poupança. A maior parte do consumo energético deve abranger os agentes com obrigação, excluindo os agentes de menor dimensão, para os quais a imposição de obrigação poderia vir a se tornar um fardo¹⁴⁶.

A discussão que envolve a obrigatoriedade para os distribuidores e comercializadores de eletricidade e gás assume muitas vezes um caráter retórico, quanto ao papel que os mesmos possam vir a desempenhar para que seus clientes alterem o comportamento melhorando a eficiência do consumo

¹⁴⁴ Labanca, N & Regalini, E. *Property right in a TWC system*. Annex 1 – Workpackage 5. Euro WhiteCert Project. 2007. Pag. 11.

¹⁴⁵ Oikonomou, V & Patel, M, *apud* Da Costa, Diana Cristina Pereira, *Op. Cit.* Pag. 12.

¹⁴⁶ Bertoldi, P & Rezesy, S *op. cit.* Pag. 241.

energético. Os argumentos utilizados para inclusão dos fornecedores são vários, nomeadamente o fato de estarem mais próximos dos consumidores finais. Quanto aos comercializadores de último recurso¹⁴⁷, estes são considerados mais estáveis, pois que dependentes da regulação da tarifa de mercado e por não sofrerem pressão para aumentarem suas vendas¹⁴⁸.

Além dos agentes obrigados, os demais agentes também devem ser incentivados a participarem voluntariamente no mercado de Certificados Brancos, de modo que se possa alcançar uma maior eficácia dinâmica, garantindo um mercado apropriado com inúmeros atores com diferentes poderes de mercado¹⁴⁹.

Dentro do grupo de agentes elegíveis ou sem obrigações, incluem-se as empresas que apesar de não estarem obrigadas a entrarem no sistema de Certificados Brancos, possuem permissão para executar as medidas de eficiência energética e posteriormente receber certificados, para transacionar no mercado. Neste grupo, destacam-se as ESCOs – *Energy Service Companies*, que são empresas independentes que prestam serviços energéticos e implementam projetos de eficiência energética em setores de utilização final.

As ESCOs desenvolvem, implementam e financiam esses projetos, baseado em um modelo de negócio orientado pelo contrato de performance, ou seja, garantem sua remuneração com base nas poupanças alcançadas,

¹⁴⁷ De acordo com Suzana Tavares da Silva, em *Direito da Energia* “A comercialização é a actividade que consiste na compra e venda de electricidade para comercialização a clientes finais ou a outros agentes, através da celebração de contractos bilaterais ou da participação em mercados organizados. Hoje esta actividade é livre, ficando apenas sujeita a registo prévio, nos termos da lei ou à obtenção de uma licença no caso do comercializador de último recurso. (...) O comercializador de último recurso, ou seja, o comercializador sujeito a obrigações de serviço universal, para clientes em BT com potência contratada até 41,4 KVA. A actividade de comercialização de último recurso é separada juridicamente das restantes actividades, incluindo das outras formas de comercialização, e o acesso à mesma depende de licença. (...). Entre as obrigações de serviço público impostas ao comercializador de último recurso contam-se a obrigação de fornecimento (contínuo) de electricidade nos termos definidos no Regulamento das relações comerciais a obrigação de venda electricidade segundo tarifas reguladas, ou seja, valores determinados segundo as regras estabelecidas no Regulamento Tarifário (...) Para além destas obrigações em matéria de fornecimento, o comercializador de último recurso está ainda obrigado a adquirir a electricidade produzida pelos produtores em regime especial, pelos microprodutores, podendo, no remanescente, adquirir a electricidade para abastecer os seus clientes através de contractos bilaterais, em mercados organizados ou através de concursos ou outros procedimentos.” (grifo nosso).

¹⁴⁸ Bertoldi, P & Rezessy, S, *loc. cit.*

¹⁴⁹ Oikonomou, V & Mundaca, L. *Tradable White Certificates schemes: what can we learn from tradable Green certificates schemes?*. Energy Efficiency Journal, 2008. Pag. 232.

podendo inclusive implementar projetos em nome dos agentes com obrigações. Existindo dois principais meios contratuais, modelo de poupanças partilhadas e o modelo de poupança garantida, onde no primeiro modelo as receitas fruto das economias são partilhadas entre a ESCO e pelo cliente, com uma percentagem e tempo pré-estipulados, neste modelo a ESCO assume tanto o risco de performance como o de crédito, já no segundo modelo a ESCO garante, um determinado nível de poupança de energia ao cliente¹⁵⁰.

3.2.2.2 PROJETOS, SETORES E VETORES ELEGÍVEIS

Um aspecto fundamental é quais são os projetos ou tecnologias elegíveis para um sistema de Certificados Brancos, havendo duas possibilidades, a primeira seria deixar o sistema aberto a qualquer tecnologia, projetos, forma de energia ou setores de utilização final, ou então, a segunda hipótese de limitar o sistema em relação às tecnologias elegíveis (como por exemplo, através da criação de uma lista com os projetos elegíveis), os setores de utilização final e formas de energia¹⁵¹.

Os projetos elegíveis são os projetos aceites para cumprimento dos objetivos e conseqüente geração de Certificados Brancos. Qualquer medida que esteja relacionada com o objetivo de aumentar a eficiência energética pode vir a ser considerada como um projeto elegível.

Um esquema de Certificados Brancos deve ser tecnologicamente neutro, criando um âmbito de competição entre as tecnologias e evitando uma distorção de mercado. O número e o tipo de tecnologias abordadas dentro do sistema são cruciais para que se consiga atingir as metas estabelecidas ao

¹⁵⁰ *Energy Efficiency Policies around the World: Review and Evaluation*. Londres. World Energy Council. 2008. Pag. 59

De acordo com a Directiva 2012/27 UE é necessário identificar e eliminar os obstáculos – regulamentares e não regulamentares – à utilização de contractos de desempenho energético e de outros acordos de financiamento por terceiros, tendo em vista a economia de energia. Esses obstáculos passam por regras e práticas contabilísticas que impedem que os investimentos de capital e as economias financeiras anuais resultantes de medidas de melhoria de eficiência energética e reflectam nas contas relativas à totalidade do período de investimento.

¹⁵¹ Bertoldi, P & Rezessy, S, 2008. *Op CCit*. Pag. 241.

menor custo possível¹⁵². Entretanto, a grande elegibilidade de projetos vem associada a ocorrência de *trade-offs*¹⁵³, uma vez que aumenta os custos da transação e gera um maior grau de complexidade em relação ao M&V.

Na verdade, um outro objetivo do Sistema de Certificados Brancos, embora não mencionado explicitamente, é o incentivo a inovação de tecnologias em eficiência energética e sua difusão no mercado. Isso significa que o alvo do sistema não deve abordar apenas as tecnologias mais simples, que poderiam ser difundidas no mercado sem a necessidade de uma política extra. Tecnologias inovadoras podem ser estimuladas paralelamente ao Sistema, através da modificação dos instrumentos existentes de uma forma justa para que as tecnologias mais complexas de eficiência energética também possam ser estimuladas (por exemplo, subsídios "inteligentes" que se referem à eliminação gradual dos subsídios ou reembolso de depósitos endereçados às tecnologias já maduras e sua substituição equilibrada às tecnologias inovadoras de eficiência energética)¹⁵⁴.

Embora os Certificados Brancos estejam mais orientados para os setores terciários e domésticos, considerados setores de energia não intensivos, o sistema pode ser utilizado no setor dos transportes¹⁵⁵. Os setores de produção de energia e as grandes indústrias já estão abarcadas pelo Comércio Europeu de Licença de Emissões, razão pela qual, os principais setores a atuarem dentro do sistema de Certificados Brancos são os setores residenciais, de serviços, pequenas indústrias, edifícios da Administração Pública e dos transportes¹⁵⁶.

Seguindo a mesma linha de raciocínio desenvolvida em relação aos projetos elegíveis, quanto mais flexível for o sistema, e maior for o grupo de setores elegíveis em que se possa desenvolver o esquema, mais opções irão existir para os agentes obrigados diminuindo seus custos e tornando o esquema custo-eficaz.

¹⁵² Oikonomou, V & Mundaca, L, 2008. *op. cit.* Pag. 228

¹⁵³ O termo *trade-offs* é utilizado na literatura econômica para designar uma situação de escolha entre opções conflitantes.

¹⁵⁴ Oikonomou, V & Mundaca, L, 2008. *op. cit.* Pag. 228.

¹⁵⁵ Oikonomou, V & Patel, M, *apud* Gouveia, 2008, *op. Cit.* Pag.69.

¹⁵⁶ Gouveia, 2008, *Op. Cit.* Pag. 69.

Outro fator a ser definido, para além dos projetos e setores, são os vetores (i.e. gás natural, eletricidade, etc.) que irão participar do Sistema de Certificados Brancos. Caso não ocorra a participação de todos os vetores energéticos, o sistema pode acabar por encorajar a utilização de determinada fonte de energia em detrimento das demais, reduzindo desta forma o mercado de energia, gerando *rebound-effects*¹⁵⁷ negativos¹⁵⁸.

3.2.3 ADICIONALIDADE

Em um sistema de Certificados Brancos transacionáveis ou não, dois pontos são de extrema importância para sua credibilidade, trata-se da definição da situação de referência e os critérios da adicionalidade. Uma vez que, por se tratar de um sistema de créditos, as poupanças e consumos futuros não podem ser sobrestimadas, pois caso isto ocorra o sistema irá creditar reduções que não ocorreram, causando problemas de adicionalidade¹⁵⁹.

Para determinar as economias de energia resultantes de um projeto de eficiência energética, o eventual consumo de energia deve ser comparado a uma *baseline*, i. e., situação de referência, que é uma estimativa do consumo de energético anterior a implementação das medidas de eficiência energética¹⁶⁰. A escolha do cenário de referência, em termos de condição de consumo de referência, levantam algumas questões associadas com à

¹⁵⁷ Deve-se ressaltar aqui que a melhoria da eficiência energética e economia de energia são dois conceitos distintos, que podem existir de forma independente e podem ser alvo separadamente pela intervenção política. O aumento da eficiência energética de um sistema nem sempre resulta em economia de energia por causa de fatores como o *rebound-effect*, reduz os resultados alcançados pela eficiência energética por vai do aumento do consumo final de energia. O rebound effect pode ocorrer em relação a redução dos custos unitários dos serviços energéticos, inerentes à diminuição do preço de energia, o que acaba por induzir a um maior consumo energético. (Bertoldi, P & Rezessy, S, op. Cit. 2008, pag. 238.) A magnitude desses efeitos é fundamental para saber se a eficiência energética deve ser uma estratégia para a política ambiental ou não. (Nassén, Jonas & Holmberg, John. *Quantifying the rebound effects of energy efficiency improvements and energy conserving behaviour in Sweden*. Energy Efficiency. 2009. Pag.221)

¹⁵⁸ Labanca, 2006 *apud* Gouveia, 2008, *Op. Cit.* Pag. 68.

¹⁵⁹ Bertoldi, P & Rezessy, S. 2006. *Op. Cit.* Pag. 59.

¹⁶⁰ Essa pode ser considerada como a maior diferença existente entre os Certificados Brancos os Certificados Verdes, pois a produção elétrica pode ser medida sem qualquer tipo de referência, ainda que exista uma capacidade adicional de energia produzida. (Bertoldi, P & Rezessy, S. 2006. *Op. cit.* pag. 59.) Possuindo também um paralelo ao sistema de Crédito de Carbono, onde o empreendedor deve provar a redução das emissões para além do cenário de referência. (WEC, 2008, *Op. Cit.*)

definição dos limites do sistema, minimizando os riscos de desperdício na produção e implementação da metodologia de referência¹⁶¹.

É importante ao delimitar a situação referência definir se esta será fixa ou se deverá ser atualizada regularmente, considerando fatores de alteração no consumo, como por exemplo, condições climáticas, padrões de ocupações, etc.¹⁶². Entretanto, uma situação de referência dinâmica pode vir a gerar alguns conflitos em relação a previsibilidade dos regimes de regulação, aumentando a complexidade da contabilização das poupanças energéticas, bem como, maior incerteza para os agentes¹⁶³.

É indispensável para o sistema que se faça uma padronização para o cálculo do cenário referência, métodos e protocolos para coleta de dados de todos os setores de consumo final de energia, devendo ter forte apoio das autoridades envolvidas para que esses métodos sejam bem aceitos. Pois, sendo a eficiência energética um fator dinâmico é de vital importância que os cenários e demais dados da situação referência estejam sempre atualizados¹⁶⁴.

Para garantir a adicionalidade de projetos de economia implementados para cumprir com as obrigações de poupança energética, a economia deve ir além das atuais políticas ou além das médias de mercado. Assim, a adicionalidade refere-se à certificação de aumentos reais e duradouros no nível de eficiência energética para além do que teria ocorrido na ausência da intervenção de eficiência energética, por exemplo, apenas devido a tendências e políticas e do desenvolvimento técnico e de mercado¹⁶⁵.

Em outras palavras, em um sistema de Certificados Brancos, os certificados só poderão ser emitidos se as poupanças energéticas forem obtidas para além do cenário *business-as-usual*. A adicionalidade é um fator preponderante dentro do sistema de CBs, pois é através deste que se evitará

¹⁶¹ Bertoldi, P & Rezessy, S. 2008, *Op. Cit.* Pag.247.

¹⁶² Sorrell, S., Harrison, D., Radov, D., Klevnas, P., & Foss, A. *White Certificates schemes: Economic analysis and interactions with the EU ETS*. Energy Policy, vol. 37. 2009. Pag. 29-42.

¹⁶³ Perrels, 2008, *Op. Cit.* Pag. 352.

¹⁶⁴ Mundaca, L & Neji, L. *Op. Cit.* Pag. 46.

¹⁶⁵ Bertoldi, P & Rezessy, S. *Energy Saving Obligations and Tradable White Certificates*. European Commission. 2009. Pag.27.

os efeitos do *free rider*¹⁶⁶, ou seja, evitar a existência de free-riding de agentes elegíveis, uma vez que exclui todas as medidas de eficiência energética que teriam sido implantadas na ausência do sistema de Certificados Brancos. Desta forma, as medidas já implementadas não serão consideradas adicionais não serão elegíveis e por consequência os agentes com obrigações não poderão reclamar certificados por estas poupanças energéticas¹⁶⁷.

3.2.3.1 MÉTODOS DE M&V

A metodologia de verificação e certificação de projetos de eficiência energética e de suas poupanças é necessária para a consolidação de um sistema de certificados sólido. A Medição e Verificação é a chave para um mecanismo de mercado de Certificados Brancos aplicados à promoção da eficiência energética em setores de utilização final. Uma vez que, as poupanças não podem ser medidas, deve haver um cálculo baseado na comparação entre consumo e/ou de energia antes, isto é, consumo de referência e após a implementação da medida¹⁶⁸.

Existem diferentes métodos de M&V, quanto mais sofisticado e complexo for o método, maiores serão os custos, principalmente para os projetos de pequeno e médio porte, inexistindo, entretanto, um método globalmente aceito, para todos os projetos¹⁶⁹. A metodologia de M&V pode ser *ex-post*, representando a energia economizada durante a vigência do projeto, ou ao final de um período de tempo, podendo ser também na forma *ex-ante*, que representa uma estimativa da poupança energética a ser alcançada durante um determinado período de tempo¹⁷⁰.

¹⁶⁶ O fenômeno do *free-riding* acontece quando alguns agentes recebem recursos públicos para realizarem ações que teriam sido realizadas independentemente do recebimento dos recursos públicos, ou, quando um bem apresentado como propriedade indivisível no consumo e não exclusivo, os consumidores podem beneficiar-se de bens *comprados* por outros sem pagar por estes bens.

¹⁶⁷ Mundaca, L & Neji, L. *Op. Cit.* Pag44-45.

¹⁶⁸ Labanca, N, 2007, *Op. Cit.* Pag.03

¹⁶⁹ Labanca, N. 2007, *op. cit.* Pag. 03

¹⁷⁰ Bertoldi, P e Rezessy, S, 2008. *Op. Cit.* Pag. 248-249

Para Labanca¹⁷¹, os participantes devem desenvolver protocolos de M&V *ex-ante* que definam os fatores de poupança para cada tipo de projeto, reduzindo assim os custos totais dos certificados. Contudo, independente da utilização do método *ex-ante* e *ex-post*, a harmonização do processo de verificação é vital para evitar as incertezas. As metodologias podem ser padronizadas para alguns projetos e setores específicos, como por exemplo através da utilização do International Measurement and verification Protocol – IPMVP.

3.2.3. TAXA DE DESCONTO

Outra questão em debate é se as economias de energia devem ser descontadas ao longo do tempo, para refletir o valor temporal do dinheiro, como é comum nas avaliações de projetos financeiros. As taxas de desconto variaram entre 8% e, atualmente, 3,5-4%. A questão fundamental é, se o projeto é instituído por razões econômicas ou ambientais. Se, por razões econômicas, a utilização de taxas de desconto apenas está de acordo com as opções de avaliação de energia padrão. No entanto, se for implementado por razões ambientais, como por exemplo em razões das mudanças climáticas, pode não ser apropriado descontar as economias de CO₂ e, conseqüentemente, certamente não com uma taxa de desconto elevada¹⁷².

3.3 CARACTERÍSTICAS DO MERCADO

3.3.1 TRANSAÇÕES DENTRO DO MERCADO DE CERTIFICADOS BRANCOS

O sistema de Certificados Brancos transacionáveis promete um maior grau de autonomia de decisão, combinado com menores custos globais, tornando este tipo de instrumento mais atraente para as partes obrigadas do que outros tipos de instrumentos regulatórios de EE. De modo que um regime

¹⁷¹ Labanca, N. 2007. *Op. Cit.* Pag. 03

¹⁷² World Energy Council, 2008. Pag. 82

de Certificados Brancos *per se*, não permite mais liberdade as partes do que as políticas convencionais de *command and control* ou outros instrumentos alternativos¹⁷³, devendo haver uma flexibilidade elevada nas relações entre os agentes, possibilitando alcançar as metas ao menor custo, ou seja, de maneira mais custo-eficiente.

As possíveis transações entre os agentes participantes do sistema de Certificados Brancos são: 1) entre as partes obrigadas (i.e, na maioria dos casos, os fornecedores de energia) ou ESCOs e os utilizadores das medidas de EE, ou seja, o cliente de serviços de energia; 2) entre as partes obrigadas, para efeitos de negociação de certificados; 3) entre os agentes obrigados e as ESCOs, que podem realizar de forma independente medidas de EE e comercializar os CBs; 4) entre as partes obrigadas ou as partes voluntárias e os corretores¹⁷⁴. Conforme figura 2.2 abaixo:

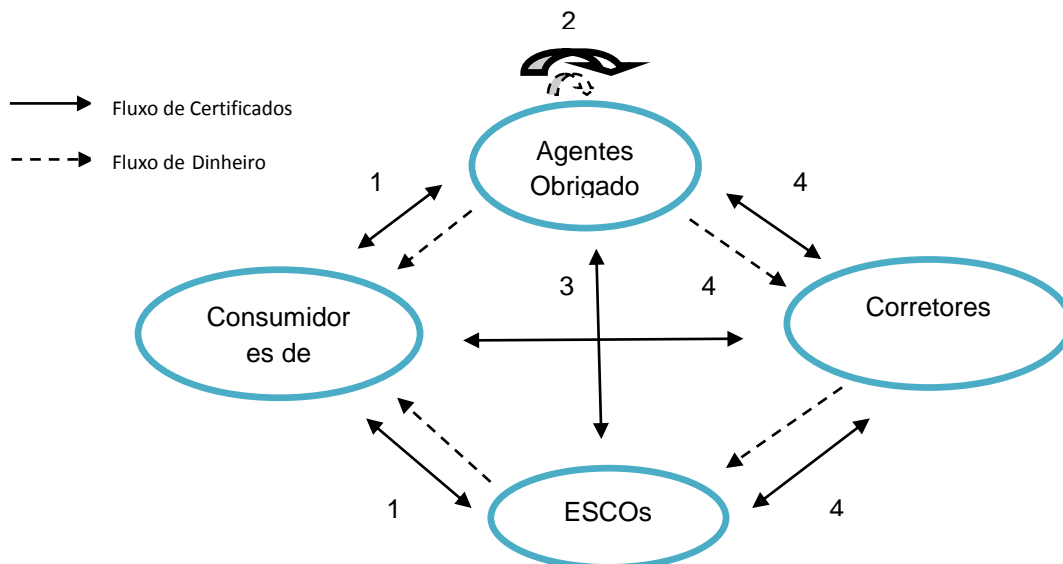


Figura 2.2: Possíveis Transações dentro do Sistema de Certificados Brancos. **Fonte:**

Adaptado de Langniss, O & Praetorius, B.

Nota: Todas as transações acima apontadas podem ser realizadas tanto em um modelo de contratação bilateral, como em mercado aberto.

Os Certificados Brancos podem ser transacionados tanto em um mercado aberto como em um modelo de transações bilaterais. Embora, quando as transferências ocorram através de transações bilaterais, isto é, negociadas

¹⁷³ Langniss, O & Praetorius, B. *How much market do market-based instruments create? An analysis for the case of "white" certificates*. German Institute for Economic Research. Diw Berlin. 2004. Pag 13.

¹⁷⁴ Langniss, O & Praetorius, B, 2004. *Op. Cit.* Pag. 13.

diretamente entre os agentes do sistema, baseada em operações independentes acomodam mais facilmente os contratos bilaterais tradicionais, pode haver um grande índice de ineficiência e custos exorbitantes, além de uma série de dificuldades quanto a transparência da coordenação, uma vez que os preços e termos de cada transação serão únicos e nem sempre divulgados publicamente. Contribuindo para a falta de informação centralizada e a falta de acesso aos certificados a preços competitivos, limitando a capacidade de optar pelos mercados mais eficientes. Uma forma de evitar as questões acima seria a criação de contratos padronizados, que reduziria os custos legais e os riscos inerentes ao comércio¹⁷⁵.

3.3.2 DEPÓSITOS, EMPRÉSTIMOS E PENALIZAÇÕES

As opções quanto aos certificados poderem ser utilizados para o cumprimento de períodos de obrigação subsequentes, isto é, depósito, ou se, ou a atual demanda poder ser atendida com certificados criados no futuro, no caso dos empréstimos pode ter uma influência positiva sobre a liquidez do mercado e a estabilidade dos preços. No entanto, as restrições devem ser definidas, uma vez que os estudos apontam que um alto nível de depósitos e empréstimos podem induzir a acumulação de certificados, redução da integridade do sistema e, no final, ocasionar não cumprimento. Uma alternativa para redução de depósitos seria a introdução de taxas de juros para os empréstimos, bem como, a formulação de restrições quantitativas ao valor ou parte do depósito e / ou empréstimos¹⁷⁶.

Quanto as penalizações, experiências com instrumentos baseados no mercado fornecem uma base importante sobre a importância dos regimes sancionatórios, de monitoramento e fiscalização. Em muitos sistemas passados, a falta de monitoramento e fiscalização resultou na realização ineficiente ou insuficiente de objectivos políticos¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Paul, M. 2006, *apud* Gouveia, J.P, 2010, *Op. Cit.* Pag. 49.

¹⁷⁶ Vogot, M., Luttmer, M. e Visser, E. *Review and analysis of national and regional certificates schemes.* Work package 2. Euro WhiteCert Project. European Commission.2005. Pag. 19-20.

¹⁷⁷ Vogot, M., Luttmer, M. e Visser, E.2005. *Op. Cit.* Pag. 18-19

Para o sistema ser eficaz, uma estrutura em caso de incumprimento deve ser desenvolvida, de forma clara, simples e correta, as penalidades, devem ser suficientemente altas para fornecer incentivos aos agentes obrigados a cumprirem seus objetivos. É importante salientar que a definição das penalidades podem determinar uma distorção do preço referência dos CBs, apresentando uma espécie de teto máximo ao custo unitário dos certificados¹⁷⁸.

De acordo com Bertoldi P. & Rezessy, S.¹⁷⁹, uma preocupação primária do regulador é reduzir o risco de elevados custos para a sociedade. Isto pode ser conseguido através da imposição de um preço máximo para o cumprimento, ou por fixação de um preço de compra ou com pena pré-definida. Penalidades de descumprimento pré-definidos, preços mínimos ou máximos de aquisição, e reservas certificados são ferramentas para mitigar a volatilidade dos preços.

3.3.3. CUSTOS ADMINISTRATIVOS E DE TRANSAÇÃO

Em um sistema de CBs, define-se custos administrativos, como os custos que o agente regulador debita aos agentes pelos serviços prestados, incluindo tanto os recursos financeiros, como os de capital humano¹⁸⁰. Os custos administrativos envolvem tanto a fase de monitorização, verificação, registro, certificação e comércio.

Os principais fatores que influenciam os custos administrativos são o número de agentes com obrigações, tecnologias elegíveis, setores de consumo final elegíveis e os métodos de M&V. De forma que quanto maior e mais complexo for o sistema, maiores serão os custos administrativos¹⁸¹.

Os custos de transação são considerados um fator crítico, que influencia não só vários aspectos de melhoria em eficiência energética, como também na

¹⁷⁸ MedReg, 2001. *Op. Cit.* Pag. 23.

¹⁷⁹ Bertoldi, P. & Rezessy, S. 2008, *Op. Cit.* Pag. 246-247

¹⁸⁰ Oikonomou, V., & Mundaca, L. 2008. *Op. Cit.* Pag. 227

¹⁸¹ Mundaca, L. & Neji, L. 2006, *Op. Cit.*

criação do sistema de Certificados Brancos e seu respectivo desempenho de negociação de mercado. Para orientar a identificação dos custos e transação, Mundaca¹⁸² os define como sendo qualquer despesa não diretamente envolvida na produção de bens e serviço, mas essencial para a realização da transação, de modo que os custos de transação estão envolvidos, por exemplo, na pesquisa e avaliação de informações, negociação com parceiros de negócios, medição e verificação e etc.

Como já mencionado no decorrer deste trabalho, uma série de questões afetam o desempenho do sistema de Certificados Brancos, incluindo a liquidez do mercado, custos marginais das poupanças energéticas para as partes obrigadas, poder de monopólio, penalidades do regime e etc., neste caso, os custos de transação podem impactar não só no desenvolvimento dos projetos de eficiência energética que conduzem à emissão dos certificados, mas também na criação dos certificados em si, e no tamanho e desempenho do mercado.

Levando em conta o ciclo de vida dos Certificados Brancos, os custos de transação afetam o desenvolvimento (i.e, o planejamento, implementação e M&V) dos projetos elegíveis de eficiência energética, contudo, isto representa apenas uma parte de um conjunto mais amplo dos impactos do custo de transação dentro de um sistema de CBs¹⁸³. Tendo em mente o ciclo de vida dos Certificados Brancos, a figura 2.3 resume as fontes de custos de transação identificadas e detalhadas dentro do sistema.

¹⁸² Mundaca, L. *Transaction cost of Tradable White Certificates Schemes: The Energy Efficiency Commitment as case study*. Energy Policy. 35. 2007. Pag. 4344-4345

¹⁸³ Mundaca, L. 2007. *Op. Cit.* Pag. 4345.

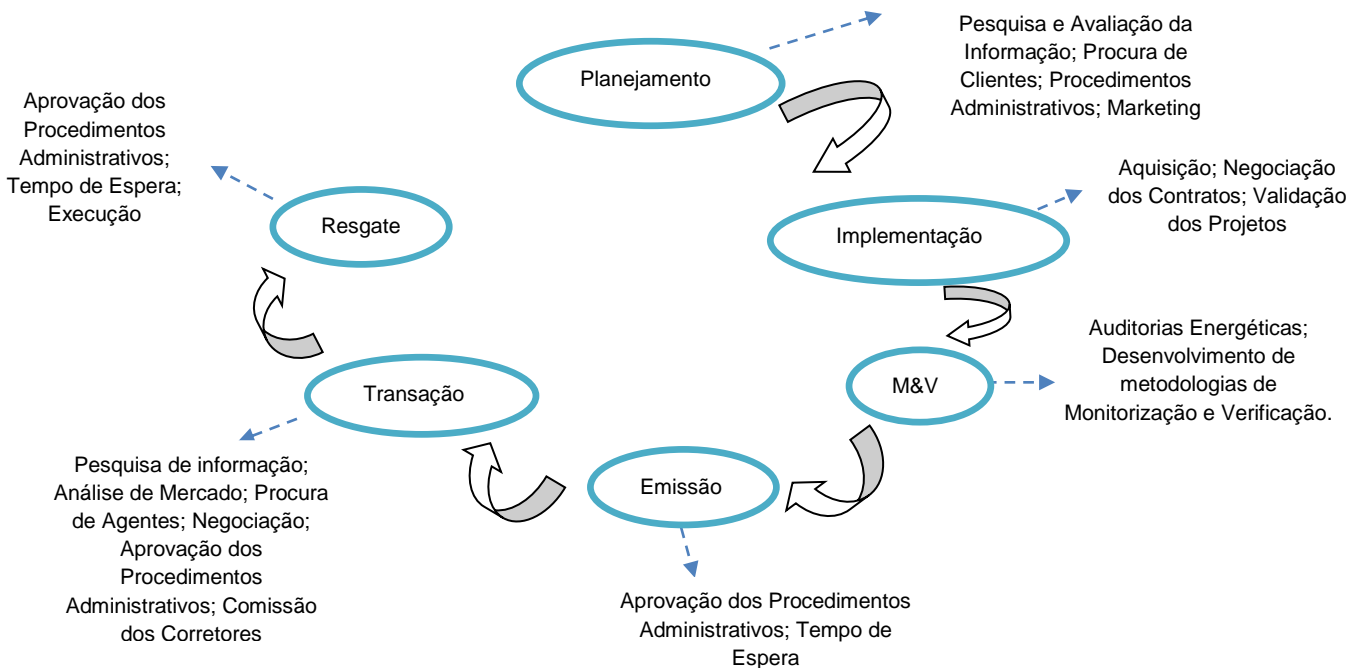


Figura. 2.3: Identificação das fontes dos custos de transação em um sistema de Certificados Brancos. **Fonte:** Mundaca, L. 20

3.3.4 FINANCIAMENTO DO ESQUEMA DE CERTIFICADOS BRANCOS

O financiamento do sistema é necessário sempre que as obrigações recaiam sobre agentes que se beneficiem das tarifas reguladas, como os distribuidores de energia. Neste contexto, o mecanismo de recuperação de custos é usado para pagar os custos que essas empresas incorreram ao implementar os projetos de eficiência energética até o cumprimento de suas metas.

O mecanismo de recuperação de custos é um processo pelo qual os agentes com obrigações recuperam seus custos, através das tarifas. A recuperação dos custos através das tarifas reguladas só pode ser aplicável

quando o mercado de gás e de eletricidade não for totalmente liberalizado, e / ou onde a obrigação de redução não for imposta ao consumidor final¹⁸⁴.

Com uma estrutura de concorrência perfeita, todos os consumidores têm o mesmo peso específico dos custos incorridos com a implementação do projeto de poupança pelos comercializadores de energia¹⁸⁵.

A fim de promover a eficiência e evitar distorções da concorrência, o mecanismo de recuperação de custos deve ser estandardizado, além de ser tecnologicamente neutro¹⁸⁶. A recuperação dos custos é considerada como sendo uma característica opcional do sistema de Certificados Brancos¹⁸⁷.

Finalmente, embora a recuperação dos custos¹⁸⁸ vise compensar os comercializadores dos investimentos realizados com os projetos de eficiência energética, há também efeitos econômicos na redução da demanda global de energia, causada pela aplicação de um regime obrigatório de poupanças energéticas, estes efeitos estão relacionados à redução do preço da energia comprada nos mercados grossistas do fornecedor, e com o adiantamento ou deferimento de investimentos na produção de eletricidade e melhorias na rede elétrica¹⁸⁹.

3.4 REGIMES DE CERTIFICADOS BRANCOS VIGENTES

O primeiro sistema do mundo com um elemento de negociação de Certificados Brancos foi introduzido em New South Wales, Austrália, - *Greenhouse Reduction Scheme*, no ano de 2003. No entanto, os certificados

¹⁸⁴ Bertoldi, P & Rezessy, S. 2008. Pag. 250.

¹⁸⁵ Bertoldi, P & Rezessy, S. 2008. Pag. 250

¹⁸⁶ Bertoldi, P & Rezessy, S. 2006. Pag. 22.

¹⁸⁷ Bertoldi, P & Rezessy, S, 2008. Pag. 250.

¹⁸⁸ Estes custos podem incluir descontos e custos de implementação de medidas e as despesas. Um elemento-chave da recuperação de custos é a elaboração de uma prudente revisão. Em contraste, a recuperação de receita perdida é um processo pelo qual um utilitário calcula a quantidade de vendas de energia que não ocorreu devido à aplicação de medidas de eficiência energética na utilização final.

¹⁸⁹ Bertoldi, P & Rezessy, S. 2008. Pag. 250

de eficiência energética foram criados como parte integrante de um projeto mais amplo de emissão dos gases do efeito estufa¹⁹⁰.

Alguns Estados nos Estados Unidos da América possuem políticas que criam obrigações de eficiência energética de longo prazo; sendo que cinco desses Estados possuem o sistema de Certificados Brancos, contudo, apenas em Connecticut os CBs são negociados ativamente para fins de cumprimento de metas¹⁹¹.

A nível europeu¹⁹² o esquema de títulos de eficiência energética já existe em alguns países como, Itália, França, Reino Unido, Irlanda, Dinamarca e Bélgica (região de Flandres), sendo que neste último modelo não é possível a comercialização dos certificados. Alguns desses sistemas são baseados em poupanças energéticas quantificáveis e obrigatórias, sendo estas obrigações impostas aos distribuidores e comercializadores de energia com a respectiva certificação e a possibilidade de transação dentro de um mercado¹⁹³

Em outros países como Holanda, Finlândia, Suécia, Portugal¹⁹⁴ e Polónia, estão sendo efetuados estudos acerca da implementação do sistema de Certificados Brancos.

¹⁹⁰ Bertoldi, P & Rezessy, S.2008. Pag.239.

¹⁹¹ Nos Estados Unidos os certificados brancos são chamados de certificados de eficiência energética ou créditos, certificados brancos ou certificados brancos negociáveis ou marcas brancas. Nos mercados individuais os títulos são baseados em linguagem política específica, como Classe III Créditos de Energia Renováveis(Connecticut), Carteira de créditos de energia (Nevada), Nível II créditos de energia alternativos (Pensilvânia).

¹⁹² Esta seção é baseada no relatório preparado para o projeto *WEC ADEME project on energy efficiency*, de autoria de Eoin Lees. O relatório, com todas as referências, *WEC- European Experience of White Certificates*, ADEME, maio de 2007. O relatório inclui quatro estudos de caso da Bélgica, França, Itália e Reino Unido. Este relatório está disponível em: http://www.worldenergy.org/documents/white_certificate.pdf

¹⁹³ Bertoldi, P & Rezessy, S. 2008. Pag. 238.

¹⁹⁴ No que diz respeito a Portugal, sob o âmbito de influência do PANEE - *Programa de Eficiência Energética para o Estado*, foi aprovada a Resolução nº 2/2011 pelo Conselho dos Ministros, criando o *Programa de Eficiência Energética da Administração Pública –ECO.AP*, em que o Estado compromete-se, entre outras medidas, à reduzir os consumos nas suas instalações e a promover a utilização de iluminação pública mais eficiente, definindo como prioridade o desenvolvimento do setor das empresas de serviços energéticos, potenciando a criação de um mercado de serviços de energia com elevado potencial. O ECO.AP visa criação condições para o desenvolvimento de uma política de eficiência energética destinado à Administração Pública, no que tange seus serviços, edifícios, e equipamentos, para então aumentar em 20% a eficiência energética até 2020, atingindo os objetivos do Pacote Energia-Clima para 2020. Dentre as várias medidas preconizadas pela ECO.AP, a que mais nos interessa no âmbito deste trabalho, é a de implementação de um sistema de comercialização dos Certificados

A abordagem às obrigações de eficiência energética implementadas para as empresas do setor elétrico, se desenvolveu de forma diferente para os vários agentes obrigados, havendo também uma grande variação nos setores de utilização final, para o qual as obrigações são aplicadas. Não obstante tais obrigações têm-se mostrado extremamente flexível e se mostraram capazes de trabalhar tanto com o monopólio das concessionárias de energia tradicionais ou em um mercado totalmente liberalizado.

Por razões didáticas, apresentamos duas tabelas que fornecem detalhes, sobre os alvos, tamanhos e outros parâmetros fundamentais das obrigações de eficiência energética vigentes na União Europeia, para que possamos, ainda que de forma sucinta explicar a respeito.

Tabela 1. Países da UE que possuem atualmente obrigações ativas em eficiência energética.

Fonte: WEC, 2008

País	Agentes obrigados	Setores Elegíveis	Metas definidas pelo	Órgão da Administração
Bélgica Flandres	Distribuidores de eletricidade	Setor residencial, de serviços e de indústria não intensiva	Governo Flamengo	Governo Flamengo
França	Todos os comercializadores de energia (exceto de transporte)	Todos, exceto os que já se encontrem incluídos no CELE	Governo	Governo
Itália	Distribuidores de gás e eletricidade	Todos os setores	Governo	Regulador Energético – AEEG
Reino Unido	Comercializadores de gás e eletricidade	Setor residencial	Governo	Regulador Energético – OFGEM
Irlanda	Fornecedor de Eletricidade - ESB	Todos os setores, exceto	Regulador Energético –	Regulador Energético

Branco, que preveja a sua aplicação à Administração Pública, a ser desenvolvido pela Direção-Geral de Energia e Geologia com as entidades relevantes.

		transportes	CER	– CER
Dinamarca ¹⁹⁵	Distribuidores de eletricidade, gás e calor.	Todos os setores, exceto transportes	Governo	Autoridade de Energia Dinamarquesa

Tabela. 1.1: Mais detalhes sobre os esquemas de Certificados Brancos atualmente em vigor na UE.

País	Natureza do objetivo	Tamanho atual do objetivo	Taxa de Desconto	Custo (M€/ano)	Penalidade	Mercado de Certificados
Bélgica Flandres	Energia Primária - Anual	0,58 TWh – ano	n/d	25.8	10€/MWh, não podendo ser recuperada através da tarifa	Não permitida
França	Energia Final – Ao longo de período de vida	54 TWh em mais de 3 anos	4%	200 ¹⁹⁶	20€/MWh	Sim, através de mercado aberto e transações bilaterais
Itália	Energia Primária acumulada	33.7 TWh no 5º ano	0%	90	Proporcional ao tamanho da <i>falta</i> . Não definida <i>a priori</i>	Sim, através de mercado aberto e transações bilaterais
Reino Unido	Energia distribuída – ao longo do período de vida	Carbono ponderado	3.5%	570	Relacionado com o tamanho da <i>falta</i>	Não há transações de certificados, mas pode haver de obrigações. Não existe

¹⁹⁵ Dinamarca está implementando um programa muito mais abrangente, que deverá produzir poupanças energéticas equivalente a 1,2% do consumo atual dinamarquês. A natureza da meta de economia de energia que são estabelecidas em face do período de vida serão alteradas para metas de economia de energia anuais. Haverá também a inclusão de mais agentes obrigados (mais de 100), número bem acima da média dos demais países como Reino Unido, Itália e França.

¹⁹⁶ Custo estimado pela WEC.

						plataforma de mercado
Irlanda	Energia distribuída – ao longo do período de vida	0.24 TWh-ano	0%	3	Potencial de redução regulado para o período subsequente	n/d
Dinamarca	Energia distribuída – ao longo do período de vida	0.12 TWh – ano	6%	20	n/d	n/d

Embora existam muitas diferenças entre a forma como as metas são definidas, a amplitude dos objetivos, as partes obrigadas, bem como os setores abrangidos, há de fato muitas semelhanças. O tamanho do alvo, os setores finais de utilização os quais se aplicam as medidas, etc. podem variar de país para país, conforme tabelas apresentadas. No entanto, os princípios fundamentais são os mesmos, qual seja uma obrigação colocada em uma empresa ligada ao setor de energia por parte do Governo (ou um regulador), no qual o monitoramento e verificação é considerada um processo formal para assegurar que os objetivos são atingidos por medidas de poupança energética elegíveis. A maioria dos países tem penalidades para as empresas que não cumprem as suas obrigações de eficiência energética (Tabela 1.1)¹⁹⁷.

3.4.1 SISTEMA DE CERTIFICADOS BRANCOS À NÍVEL DA UNIÃO EUROPEIA

A idéia de implantação de um sistema de Certificados Brancos á nível comunitário foi incentivado pela Diretiva 32/2006/CE e pelo *Livro verde sobre eficiência energética. Fazer mais com menos*, tendo sido projetado uma possível criação de um sistema de certificados destinados a permitir um

¹⁹⁷ WEC, 2008. Pag. 78.

verdadeiro comércio de eficiência energética entre os Estados Membros, onde seria desenvolvido um sistema de medição ao abrigo da Diretiva 2006/32¹⁹⁸.

De fato, o aumento de liquidez no mercado, redução do poder de risco de mercado, e maior rentabilidade para as partes obrigadas a cumprir as suas metas seriam as principais justificativas para a harmonização e a criação de um regime a nível comunitário¹⁹⁹.

Além de reduzir os encargos administrativos para os Estados-Membros ao planejar e projetar obrigações de poupança de energia. Um sistema a nível comunitário poderia contribuir, também, para uma mudança geral nos modelos de negócios entre os fornecedores de energia da UE, que estão cada vez mais operando em caráter transfronteiriço, contribuindo para uma maior diferenciação do produto nos mercados de energia²⁰⁰.

Contudo, com o advento da nova Diretiva 2012/27/UE relativa à eficiência energética, que revogou a Diretiva 32/2006/CE, a possibilidade de criação de um regime de Certificados Brancos à escala da União foi rejeitada, com base no argumento de que na situação atual, tal regime acarretaria custos administrativos excessivos, bem como, implicaria o risco de as economias de energia se concentrarem em alguns Estados Membros, não sendo introduzida em toda União²⁰¹.

Para Bertoldi, P & Rezessy, S²⁰², embora a implementação de um regime de CBs à nível comunitário possa vir a oferecer benefícios, os mercados de energia transfronteiriços ainda não estão maduros, razão pela qual as empresas multinacionais não seriam capazes, pelo menos inicialmente, de se beneficiarem de um sistema comunitário de Certificados Brancos transacionáveis. Existem profundas diferenças entre Estados-Membros relacionadas com importantes características dos mercados de energia, tais

¹⁹⁸ Comissão Europeia. *Livro Verde sobre eficiência energética. Fazer mais com menos*. Bruxelas. 2005. Pag. 25.

¹⁹⁹ Bertoldi, P & Rezessy, S. *Energy Saving Obligations and Tradable White Certificates*. Comissão Europeia. 2009. Pag. 40.

²⁰⁰ Bertoldi, P & Rezessy, S. *Energy Saving Obligations and Tradable White Certificates*. Comissão Europeia. 2009. Pag. 40.

²⁰¹ Diretiva 2012/27/UE, (20).

²⁰² Bertoldi, P & Rezessy, S, 2009, *Op. Cit.* Pag. 40-41.

como a experiência com a gestão da demanda e os níveis de tributação da energia.

Os benefícios que seriam alcançados através de um sistema comunitário de Certificados Brancos, pelo menos na atual conjuntura, deverão ser alavancados através da implementação de regimes nacionais de obrigações de eficiência energética, com a estipulação de um elevado grau de ambição desses regimes, conferindo aos Estados Membros, maior flexibilidade quanto a organização dos intervenientes do mercado, o contexto específico do setor de energia, bem como, os hábitos dos consumidores finais.

3.5 INTERAÇÃO DOS CERTIFICADOS BRANCOS COM SISTEMAS CONCORRENTES

Uma questão final que determina a eficácia e a eficiência global de um esquema de Certificados Brancos é a sua interação com os instrumentos de políticas existentes ou planejadas. Neste trabalho, não iremos abordar em profundidade estas interações de instrumentos de política, devido à complexidade do tema, mas apenas se referir a alguns resultados óbvios.

Os governos nacionais possuem uma grande variedade de políticas destinadas ao melhoramento da eficiência energética em todos os setores de utilização final, de forma que não pode haver interações prejudiciais entre essas políticas²⁰³.

O sistema de CBs acaba por interagir com vários outros instrumentos de política energética, tanto em nível nacional, como em nível internacional. Sendo necessário que haja uma harmonização entre esses instrumentos de modo a evitar ocorra interferências prejudiciais. Se por um lado, os instrumentos de políticas não atuam isoladamente, sendo a interação um fator de rentabilização dos mecanismos, por outro lado, a interação entre os mecanismos quando mal alocados podem provocar a ineficácia destes, e em alguns casos podem

²⁰³ Less, E. *European Experience of White Certificates*. World Energy Council. 2007. Pag.6

perverter as operações, isto é, provocar a dupla contabilização de certificados de EE²⁰⁴.

Para Labanca²⁰⁵, os CBs por contribuírem para maior geração de poupanças energéticas, acaba por reduzir a emissão dos GEE, reduzindo desta forma os custos do esquema do comércio de emissões. Os efeitos causados pelo aumento das poupanças energéticas podem, contribuir também para o alcance dos objetivos relacionados com o aumento da penetração das energias renováveis, isto porque os objetivos para as renováveis são normalmente em termos relativos, i.e., como parte do consumo global de eletricidade. Todavia, a redução da procura de eletricidade conduz a redução do preço no mercado grossista, podendo aumentar os custos de alcance dos objetivos das renováveis.

O esquema de CBs contribui ainda para a desnecessidade de subsídios de poupanças energéticas, mas também acaba por reduzir as receitas dos impostos energéticos, caso não ocorra alteração nas tarifas. Labanca²⁰⁶ recomenda uma efetiva promoção de medidas de apoio, como por exemplo, análises energéticas, informação sobre medidas de poupanças, objetivando aumentar a transparência do mercado e informar tanto os agentes envolvidos como os utilizadores finais, sobre as opções de poupanças, potenciais e custos.

3.5.1 IMPOSTOS SOBRE ENERGIA

As reformas fiscais ambientais relacionadas com a energia passaram a ganhar cada vez mais apoio a partir da década de 1990, a idéia básica era que o aumento nos impostos energético/ambientais constituíam-se como um instrumento atrativo não só para redução do consumo dos recursos, mas

²⁰⁴ Labanca, N & Perrels, A. *Tradable Certificates – a promising but tricky policy instrument*. Energy Efficiency Journal. Pag. 234.

²⁰⁵ Labanca, N. *S/D op. Cit.* Pag. 6.

²⁰⁶ Labanca, N. *S/D. Op. Cit.* Pag.6.

também por aumentar a arrecadação de receitas, independente do fim ambiental²⁰⁷.

Não existe uma correlação necessária entre a proporção das receitas fiscais ambientais relacionadas com a energia e a priorização das medidas de economia de energia. De modo que o nível deste indicador não revela quase em nada a realização dos objetivos em eficiência energética, uma vez que o aumento no valor dos impostos pode resultar na mudança da economia, através das alterações nos padrões de consumo e produção de forma mais intensiva, resultando, portanto, em um maior consumo energético²⁰⁸.

A interação entre o sistema de CBs e impostos sobre a energia é, em princípio, complementar. A redução nas receitas fiscais de energia como resultado de economia energética é presumivelmente compensada por uma redução dos subsídios públicos e por algumas receitas extras, causadas pela realocação de gastos sujeitos a outros impostos indiretos (por exemplo, IVA)²⁰⁹.

Além disso, os impostos sobre o consumo de energia podem atuar indiretamente como teto máximo, em relação ao preço para os CBs, mas seus efeitos podem ser bastante incertos, já que um aumento do preço da electricidade não pode por si só, estimular a eficiência energética²¹⁰.

3.5.2 INCENTIVOS FISCAIS E SUBSÍDIOS AO INVESTIMENTO

Os subsídios ao investimento para os consumidores estavam entre as primeiras medidas a serem implementadas na década de 1970 e início de 1980. A maioria dos países desenvolvidos criaram vários esquemas ambiciosos, o objetivo era reduzir o custo de investimento para os consumidores. Em princípio, esses incentivos eram aplicáveis as ações consideradas rentáveis do ponto de vista coletivo, mas que não seriam realizadas pelos consumidores. Subsídios pode ser definido como um valor

²⁰⁷ Agence De L'environnement ET de La maîtrise de l'énergie (ADEME). *Evaluation of Energy Efficiency in the EU-15: indicators and measures*. Paris, France. 2007. Pag. 80.

²⁰⁸ ADEME, 2007, *Pag. 80*.

²⁰⁹ Mundaca, L & Neij, L. 2007. *Op. Cit.* Pag. 27.

²¹⁰ Oikonomou, V & Mundaca, L, 2008, *Op. Cit.* Pag. 229.

fixo, como uma percentagem do investimento (até um limite), ou como uma quantia proporcional à quantidade de energia economizada. Subsídios também podem ser dados aos produtores de equipamentos para incentivar o desenvolvimento e a comercialização de equipamentos de eficiência energética²¹¹.

A interação entre os CBs e os subsídios não deve existir, caso contrário, pode vir a distorcer a eficiência do conjunto de instrumentos e políticas voltadas para eficiência energética²¹²

De acordo com Oikonomou, V. & Mundaca, L.²¹³, há um perigo potencial quando vários subsídios para a eficiência energética são aplicados, uma vez que algumas tecnologias desnecessárias podem ser mais estimuladas e, portanto, prejudicando os efeitos da inovação. As tecnologias inovadoras com potencial de mercado exigem grandes custos iniciais e não podem entrar no mercado devido à existência de tecnologias maduras mais baratas.

3.5.3. CERTIFICADOS VERDES

Em Outubro de 2001 foi adotada a Diretiva 2001/77/CE, com o objetivo de aumentar a percentagem de electricidade verde 14% para 22% da energia bruta consumida, estabelecendo metas nacionais não obrigatórias para a parcela do consumo de energia elétrica a partir de fontes de energia renováveis.

O Sistema de Certificados Verdes funciona da seguinte forma: a obrigação quantificada é imposta a uma categoria de operadores de sistema de electricidade (geradores, produtores, distribuidores, fornecedores, ou consumidores) para cobrir uma determinada percentagem de electricidade a partir de FER. Na data de liquidação, os operadores devem apresentar o número necessário de certificados para demonstrar a conformidade. Os certificados podem ser obtidos em uma das seguintes formas: (a) Os

²¹¹ WEC, 2008 *op. cit.* pag48.

²¹² Adnot *ET AL*, 2007 *apud*, Gouveia, 2008, *op. cit. pag. 60*;

²¹³ Oikonomou, V & Mundaca, L, 2008, *op. Cit. Pag. 229*.

operadores podem possuir sua própria geração de energias renováveis, e cada valor previamente estabelecido de energia produzida por essas representariam um certificado, (b) os operadores podem adquirir electricidade e certificados a partir de geradores de energias renováveis elegíveis, ou (c) operadores podem comprar certificados sem adquirir o poder real de um gerador ou comerciante ou através de um corretor.

É possível combinar o sistema de Certificados Verdes e o Sistema de Certificados Brancos em um único sistema comum, onde tanto as fontes de energia renováveis como as medidas de eficiência energéticas na utilização final contribuem para o cumprimento de uma obrigação específica. A economia de energia pode contribuir para o cumprimento de uma meta global de energias renováveis, uma vez que reduz o consumo geral de energia. Com efeito, a Directiva 2001/77/CE relativa à promoção da utilização das energias renováveis estimula essa integração, estabelecendo a meta para as renováveis como uma parte do consumo final. Do ponto de vista de eficiência de custos, a integração da oferta e procura de deverá resultar em um menor custo para a sociedade. Por outro lado aplicando diferentes instrumentos para diferentes partes do setor pode ocorrer o aumento do risco de desenvolver medidas de alto custo em uma parte, ignorando as opções de menor custo no outro instrumento. Questões puramente operacionais, como registros, podem ser gerenciados de forma integrada. A dupla contabilização pode ser evitada pelo uso de uma base de dados e pelo princípio de resgate²¹⁴.

Na Itália, por exemplo, há espaço para integração das energias renováveis no sistema de CBs, aquecedores solares e pequenas instalações solares fotovoltaicas são elegíveis para Certificados Brancos, mas não podem ser certificadas no esquema de Certificados Verdes. Já na Austrália, o esquema de Certificados Verdes certifica aquecedores solares de água com base no consumo de energia elétrica. A integração não é uma questão técnica, mas uma questão de escolha política. No entanto, a integração deve ser abordada com cautela já que as certificações no sistema de Certificados Brancos são mais complexas do que em um sistema de Certificados Verdes,

²¹⁴ Bertoldi, P, Rezessy, S, Langniss, O, & Voogt, M. *White, green & Brown certificates: How to make the most of them?* ECEEE 2005 Summer Study – What Works & Who Delivers? Pag. 1551- 1525

especialmente em termos de M&V. Podendo haver ainda grandes desafios quanto à dupla contabilização neste tipo de interação em relação a certos tipos de projetos, como por exemplo, como tratar um projeto de cogeração de biomassa que podem receber licenças de emissão, e pode vir a ser elegível tanto para os Certificados Brancos como os Certificados Verdes²¹⁵.

3.5.4 CRÉDITOS DE CARBONO

A interação entre o sistema de Crédito de Carbono, como por exemplo, o Comércio Europeu de Licença de Emissões – CELE e os Certificados Brancos, apesar de complexa, pode contribuir para a formação de um mercado homogêneo, o que acaba por evitar a instituição de mercados paralelos, que implicaria maiores custos de transação e mercados com pequenas perspectivas e pouca liquidez²¹⁶.

Bertoldi, P. & Rezessy, S.²¹⁷, enumeram outros aspectos positivos desta interação, como por exemplo, o estabelecimento de projetos a nível doméstico que concebam créditos atuantes como *válvula de segurança* para os compradores do esquema de emissões, em face da não limitação das origens dos créditos, bem como, maior credibilidade para os investidores e medidas de eficiência energética.

Todavia, os citados autores²¹⁸ também apontam alguns aspectos desfavoráveis, como a dificuldade de definir um valor comum (unidade), devidamente ajustado para a conexão entre os diferentes sistemas, outro fator prejudicial é o fato de ambos os sistemas serem recentes, não havendo ainda experiência suficiente para esta interação.

Para que a interação ocorra sem maiores problemas devem ser realizadas avaliações e melhorias no rastreamento de dados e informações do

²¹⁵ Bertoldi, P, Rezessy, S, Langniss, O, & Voogt, M, 2005. *Op. Cit.* Pag.1523.

²¹⁶ Bertoldi, P & Rezessy, S. *Tradable Certificates for Energy Efficiency: the Dawn of a New Trend in Energy Policy? S/D.* Pag. 10-11

²¹⁷ Bertoldi, P & Rezessy, S. *S/D. Op. Cit.* Pag. 10-11.

²¹⁸ Bertoldi, P & Rezessy, S., 2008, *op. cit.* pag.251/252

esquema, a fim de evitar a contabilização dupla, o que acabaria por deturpar a eficácia dos sistemas, bem como, a completude ambiental²¹⁹.

O sistema de Certificados Brancos não irá reduzir as emissões globais de CO₂, no período em que o comércio de emissões for introduzido, e sim nos períodos subsequentes, uma vez que os CBs colaboram para a redução do teto global de emissões. Sendo assim, os Certificados Brancos colaboram para a redução da produção de energia derivada de combustíveis fósseis, reduzindo respectivamente as emissões, tendo como consequência direta uma redução na necessidade de comprar licenças de emissões por parte dos produtores de eletricidade para cumprirem seus objetivos, ou então serão capazes de vender mais licenças de emissão²²⁰.

Por fim, o esquema de CBs ao contribuir para a redução das emissões de GEE, faz com que as metas de emissões estabelecidas fiquem cada vez mais próximas, demandando menores esforços (energéticos, financeiros, econômicos e sociais) complementares para as atingirem.

²¹⁹Labanca, N. *The EuroWhiteCert Project and the special case of White certificates. Implementation and evaluation of energy end-use efficiency policies and energy services in Europe*. La Colle sur Loup – France. 2007.

²²⁰Sorrell, S., Harrison, D., Radov, D., Klevnas, P & Foss, A., *White Certificates schemes: Economic analysis and interaction with the EU ETS*. Energy Policy. 2008. Pag.39.

4. OS CERTIFICADOS BRANCOS ENQUANTO INSTRUMENTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

Na 4ª Parte de nosso Trabalho iremos fazer uma breve análise do panorama geral do Direito Administrativo, desde a sua criação até a consolidação da estrutura tradicional. Após esta ligeira introdução, analisaremos os reptos que desencaderam as alterações vivenciadas no seio do Direito Administrativo, como a abertura da estadualidade, a *governance*, o *new public management*, o novo papel do Estado Incentivador, Orientador e Garantidor, a privatização e a neo-regulação.

Depois de feita toda a explanação acima, iremos apontar as principais mudanças do Direito Administrativo, principalmente no que tange as novas formas de atuação da Administração Pública, para depois inserir o Sistema de Certificados Brancos como um dos novos instrumentos trazidos pelo Novo Direito Administrativo.

4.1 O PANORAMA GERAL DA CRIAÇÃO ATÉ A CONSOLIDAÇÃO CLÁSSICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A origem do Direito Administrativo está sedimentada na França, e acabou por influir diretamente nos direitos administrativos europeus, sobretudo no modelo Italiano e Alemão e mais recentemente no da União Européia²²¹. A criação do Direito Administrativo tem com cenário o término da primeira Revolução Industrial, em vias de ocorrer a segunda revolução, que viria acontecer em meados do século XIX, findas as Revoluções Burguesas na Inglaterra e na França, cenário este aliado ainda à Independência dos Estados Unidos, estampavam a necessidade e urgência por uma estrutura jurídica modificada, segundo uma nova racionalidade²²².

O Direito Administrativo surgiu na França sob o governo de Napoleão, através da Constituição Consular do ano VIII (1800), completando a renovação

²²¹ No Direito Administrativo dos países latinos foram transplantados os modelos, ou boa parte dele, de origem Espanhola e Portuguesa, onde ambos também possuem raízes no Direito Administrativo francês.

²²² Bucci, Maria Paula Dallari, *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. Pag. 42.

das bases jurídicas para a transformação política, econômica e social em curso na Europa. No domínio da Administração Pública a criação de uma lei administrativa inovou ao agraciar tratamento sistemático para o exercício do poder político no âmbito interno do Estado, a partir de então passamos a ter o marco no qual organização da burocracia estatal iria progressivamente evoluindo, a autoridade pessoal e ilimitada do monarca passa a ser sujeitar à vinculação crescente aos fins ditados pelo Legislativo²²³.

A obra mais original do Direito Administrativo francês foi o contencioso administrativo, intimamente ligado à resistência da Administração contra as interações dos juízes. A criação da justiça administrativa foi reflexo da supressão dos parlamentos judiciais do antigo regime pela Revolução de 1789, e a substituição por tribunais de menor expressão, tendo sido separada as autoridades administrativas e judiciárias. Sendo que o primeiro texto legal pós-revolução a tratar de Administração Pública foi a Lei de 24-8-1790, que vedava aos tribunais conhecerem de *operações dos corpos administrativos*, sendo seguida por uma proibição mais extensa com a criação da lei de 16 frutidor do ano III, setembro de 1795, qual vedou aos tribunais *conhecerem dos atos da administração qualquer que seja sua espécie*. Os atos da administração nessa época compreendiam os executados por ordem do governo, por seus agentes imediatos, sob sua fiscalização e com fundos fornecidos pelo tesouro²²⁴.

Entabulou-se, então uma leitura francesa, muito peculiar de separação dos poderes, que consitiu o princípio da separação das autoridades administrativas e judiciárias, através da fixação de um limite para que a administração não fosse turbada no exercício de suas funções nem mesmo pelo judiciário, impossibilitando que os juízes não só apreciassem os atos administrativos, como também exercerem por sua conta as funções administrativas, em especial a fixação de regulamentos e as injunções²²⁵.

²²³ Bucci, Maria Paula Dallari, *op cit*, pag 43.

²²⁴ Mello, Oswaldo Aranha Bandeira. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro. Ed. Forense, Volume I. Pag 465.

²²⁵ LAUBADÈRE, André de, VENEZIA, Jean-Claude & GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. 14. Ed. Paris: LGDJ, 1996. Pag. 306.

Desde a sua origem o Direito Administrativo francês foi fundamentalmente pretoriano, através da criação de Conselho de Estado que atuava como tribunal administrativo. A grande contribuição do Conselho de Estado foi a criação e inserção da prática de controle do exercício do poder da autoridade administrativa e dela extrair princípios orientadores, que passaram a nortear prescritivamente a conduta da Administração e do governo²²⁶.

Outro aspecto relevante foi a ampliação dos papéis da Administração Pública, no final do século XIX, com a criação dos serviços públicos, o que gerou uma tensão no Direito Administrativo, entre a Administração prestadora que preserva a esfera da liberdade e individualidade e a Administração ordenadora, tensão desde então permanente no direito público²²⁷. E que no prosseguimento dessa dissociação, atualmente consumada, entre os órgãos, os fins e os meios, o regime jurídico da atividade administrativa adquiriu uma complexidade tal qual é bastante difícil desemaranhar tal situação²²⁸.

A idéia de um direito diferenciado, que surgiu na França, hoje revela-se em regimes jurídicos de direito administrativos, no plural, regime dos atos administrativos, regime dos serviços públicos, regime dos funcionários públicos, regime dos contratos públicos e não mais sob um único manto de um regime supostamente uniforme, sendo que o elo de ligação entre esses regimes reside no reconhecimento jurídico da existência de poderes especiais da Administração Pública em face dos cidadãos, para persecução do interesse público.

A força executória das decisões administrativas é a principal manifestação desses poderes e um dos traços diferenciadores dos atos administrativos em comparação aos atos jurídicos praticados pelos cidadãos e regidos pelo direito comum, em que a Administração Pública segundo a construção do modelo francês detem o *privilège du préalable* e o *privilège de l'exécution*²²⁹. A execução administrativa não se justifica, em princípio senão

²²⁶BUCCI, Ana Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. Pag. 48.

²²⁷ Bucci, Ana Paula Dallari

²²⁸ WEIL, Prosper. *O Direito Administrativo*. Coimbra. Editora Almedina. 1997. Pag. 39.

²²⁹ LAUBADÈRE, André de, VENEZIA, Jean-Claude & GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. Pag. 167.

pela conveniência de ratificar a obediência à lei e a impossibilidade de assegurá-la, por qualquer outro procedimento jurídico²³⁰.

O Direito Administrativo se consolidou segundo o célebre jurista alemão Otto Mayer, como um direito que prega a constituição de um sistema de instituições, baseado em termos jurídicos-político a partir da realidade do poder público e desigualdade entre Estado e cidadão, na qual o ato administrativo revela-se como a principal expressão da autoridade estatal²³¹.

De acordo com o jurista italiano Sabino Cassese, as características originais do Direito Administrativo no século XIX são em especial: a nacionalidade, caracterizada pelo apego ao Estado e este ao seu respectivo território, revelando-se um direito centralizador; a supremacia do interesse público, desdobrando-se na supremacia da Administração Pública, consolidando o princípio da legalidade; as prerrogativas da Administração Pública, principalmente no tocante ao poder de polícia, amplamente difundido, possibilitando a penetração no âmbito dos direitos dos cidadãos; o caráter eminentemente governativo e por fim a especificidade jurisdicional, diferindo-se do executivo e do judiciário²³².

A teoria clássica do Direito Administrativo se canonizou como um direito com latente subordinação à lei, correspondendo esta à expressão legítima do poder democrático de acordo com as normas constitucionalmente estabelecidas, cabendo ao poder judiciário mensurar a legalidade/juridicidade da atividade administrativa.²³³ Em que o ato administrativo é tradicionalmente associado ao Estado de Direito, por ser portador de uma idéia de garantia dos administrados em face da autoridade, uma vez que ele inaugura um modo de

²³⁰ LAUBADÈRE, André de. *Op cit.* Pag. 714/715.

²³¹ DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. *A reinvenção da autorização administrativa no novo modelo do direito do ambiente.* Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2011. Pag. 277.

²³² CASSESE, Sabino. *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal xix al xxi secolo.* RTDP. Ano 2002, nº1. Pag. 28.

²³³ TAVARES, Suzana. *Um novo Direito Administrativo?* Editora Universidade de Coimbra. Coimbra. 2010. Pag11.

agir baseado no direito, ou seja, é o uso da força sob um título jurídico e não mais o mero uso da força²³⁴.

O eixo central da ordenação do Direito Administrativo é de caráter predominantemente negativo, uma vez que ele está voltado à contenção da discricionariedade do governo, muito mais que à coordenação da ação²³⁵. Otto Mayer expurgou do direito administrativo os elementos da ciência da administração e da economia política, propondo *um sistema puramente jurídico*²³⁶.

Razão pela qual, quando na atualidade observamos o surgimento de novos ramos do direito, como direito econômico, urbanístico, ambiental, agrário, todos apesar de conectados ao estudo da ação governamental sobre a vida privada, percebe-se que o direito administrativo classista não tem conseguido oferecer uma teoria geral apta a ser aplicada à esses novos ramos, evidenciando um enfraquecimento da teoria clássica, na qual não encontramos pilares para compreender os limites e exigências das novas funções do Estado, conforme se verá mais adiante, eis que ainda estamos diante de uma doutrina que ainda se debate com dificuldades originárias em torno do poder de polícia. Tal situação acaba por desencadear o surgimento de teorias *ad hoc*, voltadas a maioria das vezes apenas aos problemas específicos e muitas vezes descompromissadas com os próprios padrões já fixados pela teoria clássica²³⁷.

Assim, o surgimento do Direito Administrativo está ancorado em razões históricas, cujo os pressupostos ainda hoje estão presentes, no sentido da necessidade em organizar o aparelho que administrar o poder material do Estado e comedir o seu exercício, fazendo com que se certifique a realização das ações de interesse público, resguardando-se a esfera da liberdade individual dos cidadãos. Contudo, devemos reconhecer que os instrumentos criados pelo direito administrativo clássico, em especial a normatização excessiva, são em parte responsáveis pelo processo de fuga de um regime

²³⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1974. Pag. 83.

²³⁵ BUCCI, Ana Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. Pag. 11.

²³⁶ MAYER, Otto. *Droit administratif allemand*. Paris. 1903.

²³⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo ordenador*. São Paulo. Editora Malheiros. 1993. Pag. 15.

administrativo que está de costas para as atuais realidades da sociedade moderna²³⁸.

4.2 OS PRINCIPAIS FATORES DESENCADEANTES DA NOVA REALIDADE DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A crise econômica mundial dos anos 70, após dois choques do petróleo em 1973 e 1977, o rompimento da sistema de equilíbrio cambial pactuado pelo Acordo de Bretton-Woods, responsável pela definição do desenho do cenário político-econômico internacional no decorrer da Guerra Fria, encerrava-se um ciclo da vida político-econômica mundial, dando lugar a um panorama de crescente ineficácia das antigas estruturas administrativas, em razão da abrupta alteração dinâmica financeira, também devido a incapacidade das instituições clássicas se adaptarem ao ligeiro ritmo de transfiguração social e econômica, não comportando mais a equação clássica que relacionava política e direitos²³⁹.

A década de 80, é por norma conhecida como a década de afirmação das novas tendências, com o advento do estado pós-social, nomeadamente a dilatação dos direitos fundamentais, em especial os da 3ª geração, a questão ecológica do século XX e a difusão das novas tecnologias, fez com que a estruturação do direito administrativo viesse a ser repensado, pois as modificações experimentadas na estrutura social-econômica fizeram com que a compreensão tradicionalista do direito administrativo não se adequasse aos novos problemas inseridos na gestão nacional de interesses públicos globais²⁴⁰, passou-se a ter uma administração infraestrutura e multidimensional, ao passo que estreitou-se o liame da administração e particulares.

²³⁸ PRATS I CATALÁ, Joan. *Direito e gerenciamento nas administrações públicas – Notas sobre a crise e renovação dos respectivos paradigmas*. In Revista do Serviço Público. v. 120, nº2, maio/agosto 1996. Pag. 53.

²³⁹ BUCCI, Ana Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. Pag. 1

²⁴⁰ TAVARES. Suzana. *Um Novo Direito Administrativo?* Pag.

As modificações experimentadas na estrutura social-econômica e o novo papel do Estado fizeram com que a compreensão tradicionalista do direito administrativo não se adequasse aos novos problemas inseridos na gestão nacional de interesses públicos globais.

De acordo com os ensinamentos de Suzana Tavares vários fatores contribuíram para que o Direito Administrativo clássico não conseguisse mais absorver as demandas da atualidade, fatores estes tantos externos como internos. Para uma melhor compreensão do tema se faz necessário explicar a cerca dos fatores que impulsionaram as modificações no seio do Direito Administrativo Tradicional.

4.2.1 A ABERTURA DA ESTADUALIDADE – A EUROPEIZAÇÃO E GLOBALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Dentre os fatores externos que originaram as mudanças no seio do Direito Administrativo clássico está em primeiro lugar a abertura da estadualidade e consequente alteração das formas tradicionais do Direito Administrativo, tal movimento se deu em razão da europeização, internacionalização e globalização das Administrações Públicas, em face da inserção do Estado em “constelações jurídicas”, colocando os Estados em uma estrutura em rede²⁴¹.

A organização em rede é característica do espaço global, multifacetado, que reflete diretamente no surgimento de um novo direito administrativo global, cenário em que diversos atores integrem entre si, dos quais podemos citar os Estados Nacionais, as organizações internacionais de poderes públicos, empresas multinacionais, associações privadas de dimensão internacional, inexistindo nessa trama uma autoridade superior para servir de referência.

²⁴¹ TAVARES. Suzana. *Op. Cit.* Pag. 11

De acordo com o célebre jurista italiano, Sabino Cassese, a *priori* o termo rede indica uma figura organizacional composta por vários organismos públicos pertencentes a entidades ou aparelhos diferenciados e colaborando uns com outros em interdependência, entretanto, a proliferação articulação em rede nos últimos anos, se mostrou mais como uma forma de colaboração entre diversos protagonistas na nova era da sociedade global, entre os organismos públicos, pertencentes a pessoas coletivas unitárias, embora não atuem em unidade, passando a estabelecer entre elas uma colaboração assimétrica e paritária, gerando um sistema de *governance without government*, tendo em vista a inexistência de uma estrutura unitária e compacta de governo

Essa trama em redes fez com que os Estados assumissem uma nova função de pilotagem, que será abordada mais a frente²⁴².

A inovação dessa nova era está dividida em dois pontos, o primeiro pela judicialização de quase todos os conflitos, acentuando o processo de destinação do direito, que passa a transcender o nível estadual, o segundo ponto é a alteração do conteúdo da função judicial, que passa a assumir a função de criação de *passerelles jurídicas* entre os ordenamentos jurídicos, isto quer dizer que a noção consagrada no Direito Administrativo clássico referente ao estadual/nacional como centro de produção normativa e ancoradouro central da vinculação de normas internas é enfraquecido, diante da absorção dos *inputs* das *passerelles jurídicas*²⁴³.

Essa estruturação em rede dos Estados, através das constelações jurídicas, desencadeou outro fator externo, que foi a integração dos Estados em comunidades jurídicas supranacionais e a vinculação à instituições de cunho intergovernamental, criadas para enfrentar e solucionar os desafios da pós-modernidade. A Administração Pública deixou de se circunscrever às políticas nacionais e passou também a se ocupar em absorver a normatividade superestadual, criando um novo direito administrativo multifacetado.²⁴⁴

Esse espaço de integração multifacetado conduziu a emergência de um direito administrativo global, reenfatizando-se a necessidade de reforma do direito administrativo interno através da incorporação dos *standards* fixados à nível global. O direito administrativo global imprimi sua capacidade de influenciar a atividade da administração pública nacional, além das vinculações típicas do direito internacional administrativo, bem como do direito transnacional.²⁴⁵

²⁴² DIAS, José Eduardo Figueiredo. *A reinvenção da autorização administrativa no novo modelo do Direito do Ambiente*. Pag. 442 e ss.

²⁴³ TAVARES, Suzana. *Op. Cit.* Pag. 12

²⁴⁴ TAVARES, Suzana. *Op. Cit.* Pag. 19

Ainda de acordo com a obra *Um Novo Direito Administrativo?* De autoria da Dra. Suzana Tavares, essa integração em comunidade jurídica supranacional não ocorre apenas através das organizações internacionais, mas também por novas realidades como: 1) esquemas de reconhecimento mútuo inter-administrações; 2) esquemas de administração distribuída; 3) esquemas de administração híbridas privada – intergovernamental e 4) entidades privadas que exercem função de interesse público.

²⁴⁵ TAVARES, Suzana, *op. Cit.* Pag. 20.

O direito administrativo global se insere em um esquema de *governance without government*, no qual as soluções são embasadas pelo esquema de coordenação dos interesses conflitantes, a partir da interação e complementação do Estado e Sociedade.

A emergência de uma ordem econômica global impulsionou um novo fenômeno, a necessidade de subordinar as decisões da regulação nacional aos princípios gerais do direito global como forma de proteção da confiança, relevando novos princípios gerais do direito administrativo e subordinação do poder público ao controle jurisdicional das entidades supranacionais, desenvolvendo o interesse pela global *administrative law*, baseado em princípios jurídicos, que representam o compromisso entre a aplicação do *soft law* e as dificuldades do próprio desenvolvimento do direito administrativo global, funcionando os princípios como fonte de harmonização dos regimes administrativos nacionais maximizando a confiança dos agentes econômicos no contexto da globalização.²⁴⁶

Sobre o manto da União Europeia se estabeleceu de uma densa rede de relação administrativa, que intervém no espaço comunitário através de uma interação recíproca, integrada pelas instituições comunitárias e a administração nacional, em todos os seus níveis²⁴⁷.

A noção de europeização reflete uma realidade plurissignificativa, podendo ser definida como a influência, sobreposição e modelação da jurídica da administração nacional, através do pensamento jurídico e das atuações jurídicas europeias, podendo também ser definido como um fenômeno complexo, se apresentando em diversas formas, tais como a integração das administrações nacionais entre si e para com a supranacional, bem como, pelo condicionamento comunitário da independência das autoridades de regulamentação, mediante a ruptura do nexos tradicional entre nacionalidade e função pública, através da regulação comunitária das principais matérias

²⁴⁶ TAVARES, Suzana. *Op. Cit.* Pag. 25

²⁴⁷ ASSMANN, Eberhard Schmidt. *Questiones fundamentales sobre la reforma de la teoria general del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos.* In *Innovación y reforma en el derecho administrativo.* Editor Javier Barnes. Global Law Press Editorial Derecho Global. 2ª edição. 2012. Pag. 115.

administrativas²⁴⁸, mediante a afirmação dos princípios comunitários²⁴⁹. A europeização transforma o Direito Administrativo nacional em instrumentos supranacionais, fazendo com que o Estado e União Europeia sejam dependentes entre si, modificando gradativamente o Direito Administrativo nacional²⁵⁰.

De acordo com Suzana Tavares a europeização pode ser dívida em dois movimentos complementares, fruto do diálogo entre as Administrações Públicas e os ordenamentos administrativo nacionais, sendo o primeiro um movimento de integração na construção da Administração Pública Europeia e no ordenamento jurídico europeu e o segundo movimento seria a complementação e inter-relação entre os ordenamentos jurídicos das Administrações Públicas Nacionais²⁵¹.

Deve se salientar por fim que a estruturação da Administração Pública Europeia não é baseada em princípios tradicionais do direito administrativo, tais como legalidade e juridicidade, mas sim em princípios de participação, cooperação²⁵² leal, transparência²⁵³, eficiência²⁵⁴, e etc., que acabaram por penetrar na ordem jurídica interna e estimulando as alterações no seio do direito administrativo clássico.

²⁴⁸ Como podemos observar no 2º capítulo desse trabalho com a estruturação da Política Energética Comunitária e a ampla rede de integração dos Estados-Membros e a Comunidade.

²⁴⁹ Dra. Suzana Tavares em sua obra *Um Novo Direito Administrativo?*, enumera os seguintes princípios comunitários: - princípio do primado direito europeu; -princípio da primazia vs princípio da supremacia; - princípio da prevalência das normas interpostas; - princípio da cooperação judiciária; - princípio da proteção equivalente; -princípio do reconhecimento da margem de livre apreciação; - princípio da subsidiariedade da intervenção judicial; - princípio da divisão de competências e por fim o princípio do controlo-limite do direito constitucional.

²⁵⁰ DIAS. José Eduardo Figueiredo. *A reinvenção da autorização administrativa no novo modelo do Direito do Ambiente*. Pag446.

²⁵¹ TAVARES, Suzana. *Um novo direito administrativo?* Pag. 38

²⁵² De acordo com Schimidt Assmann a cooperação se move tanto na vertical entre a Comissão e os Estados-Membros, como na horizontal entre todas Administrações Nacionais, admitindo diferentes graus de intensidade, contudo, não existe um único setor em âmbito de direito comunitário que não seja pautado na cooperação, sendo tal princípio encontra-se enraizado sobre toda compreensão de europeização.

²⁵³ Ainda de acordo com o célebre doutrinador alemão a transparência é exigida em todos os setores, se expressando na necessidade de visibilidade das estruturas procedimentais de um lado e de outro, pela fácil identificação das distintas instâncias administrativas nacionais e europeias que intervêm no processo de tomada de decisão.

²⁵⁴ Por fim o jurista alemão entende que o princípio da eficiência obriga uma efetiva e equilibrada mobilização dos meios e recursos, de modo que as tarefas administrativas em comum, deva ser igual em todo território europeu, conforme os *standards*, gerando a confiança em toda Administração Pública participante.

4.2.2. A GOVERNANCE E A TEORIA DA PILOTAGEM

O panorama gerado pela europeização, internacionalização e globalização do direito gerou o detrimento do modo de governar dos Estados, em favor do surgimento da *governance*²⁵⁵. Este novo cenário de interação fez com que a Administração Pública ultrapassasse os limites das políticas nacionais, e convivesse também com esferas sobrepostas de normatividade supra estatal, reguladora das relações jurídicas nacionais, concebendo desta maneira um espaço administrativo multifacetado²⁵⁶.

Neste novo contexto o Estado deixa de ser o único ator da arena política e que inclusive com frequência deixa ser o ator dominante principal, uma vez que também outras instâncias soberanas atuam em um sistema multinível, assim como as empresas, organizações, grupos de interesse social e outros representantes da sociedade civil, de forma que para poder atuar de forma eficiente e eficaz há de se ter em conta todos esses atores²⁵⁷.

A expressão *governance* sintetiza desde logo outros fatores relevantes que venham contemplar o referido debate, como por exemplo o conceito de distribuição ou de divisão/repartição de responsabilidade entre Administração

²⁵⁵ De acordo com os ensinamentos da Dra. Suzana Tavares da Silva, este novo quadro de relações não está limitado somente as organizações internacionais originadas através de instrumentos típicos do Direito Internacional, como por exemplo a ONU e o direito produzido por elas, mas também incluem-se neste *rol* novos personagens, como: *esquemas de reconhecimento mútuo inter-administrações*, como por exemplo o Comitê de Supervisão Bancária da Basileia; *esquemas de administração distribuída* – entidades a nível nacional que servem e orientam para o cumprimento do interesse público global, como exemplo as agências nacionais de regulação ambiental; *esquemas de administração híbrida privada-intergovernamental*, como por exemplo ICANN - Internet Corporation for Assigned Names and Numbers; e as *entidades privadas que exercem uma função de interesse público*, como por exemplo a ISO – International Standardization Organization. A atividade desenvolvida por essas entidades levou a emergência de um *direito administrativo global*, de forma que é latente a necessidade de uma reestruturação do direito administrativo interno através de uma incorporação dos *standards* fixados a nível global, os quais ainda segundo a referida autora oscilam entre a vinculatividade típica das normas jurídicas e a incompletude típica dos princípios.

²⁵⁶ Silva, Suzana Tavares da. *Um Novo Direito Administrativo?* Ed. Universidade de Coimbra. 2010. Coimbra. Pag. 19.

²⁵⁷ ASSMANN, Eberhard Schmidt. *Op. Cit.* Pag. 48/49

Pública e a Sociedade, isto é a divisão de tarefas ou funções entre as esferas sociais e as esferas públicas²⁵⁸.

Este novo modo de atuar da Administração Pública, se insere em um esquema de *governance without government*, refletindo em um ordenamento desestadualizado e sem organizações responsáveis pela gestão de interesses supranacionais, no qual a chave para estimular o interesse público é atingida por um esquema de coordenação dos vários interesses conflitantes, que traz um novo desenho para as estruturas normativas fundado na interação e complementação entre Estado e Sociedade²⁵⁹.

Pautado no princípio da cooperação, extensivamente presente nos procedimentos formais e informais, explícitos e implícitos, caracterizou-se um novo modelo de ação e de poder no seio da sociedade, transformado em autoridade. A governança²⁶⁰ ou *governance* ressurgiu nos países anglo-saxônicos nos anos noventa, a fim de abarcar a nova realidade, derivada da transformação do poder do Estado e sua relação com os poderes pulverizados da sociedade. A *governance* se baseia em um modelo de atuação em sociedade com vários atores ou autonomias que se autorregulam e anseiam por uma conciliação entre o público e privado, uma regulação da autorregulação. Este novo modo de atuação, a *governance*, contrária a teorias clássicas, nas quais o sistema administrativo não poderia estar aberto a negociação e cooperação com os privados, e hoje o Estado não pode se eximir das relações com os vários setores da sociedade, a ação estatal não pode mais ser apreendida sem a participação da sociedade²⁶¹.

²⁵⁸ ASSMANN, Eberhard Schmidt. *Op. Cit.* Pag. 49.

²⁵⁹ Silva, Suzana Tavares da. *Op. Cit.* 2010. Pag. 20.

²⁶⁰ “A “governança” corresponde a um modo de exercer o poder típico da Idade Média, numa sociedade dívida por múltiplos poderes estatuais, (“gouvernance” em França, “governance” em Inglaterra, “Governanz” na Alemanha). Reaparece como conceito fundamental do mundo empresarial – “corporate governance” -, ligada à gestão das empresas. E de imediato evoluiu para o campo internacional, falando-se, concretamente, da governança do sistema onusiano. (...) E é do plano de gestão empresarial da ordem mundial, que a governança retorna às origens, isto é, retoma o plano onde foi gerada, o plano do poder político dentro do Estado (no contraponto do poder régio medieval) e o plano municipal e o poder que aí se desenvolve”. Fonte: Maria da Glória F. P. D. Garcia. *Governança local, política e direito. Em especial, a ação sobre o ambiente, ordenamento do território e do urbanismo.* In Revista do M.P. nº112. Out/Dez 2007. Pag. 6.

²⁶¹ Garcia, Maria da Glória F. P. D., 2007 *op. cit.* Pag. 349 e ss.

A *governance* reflete a condução responsável dos assuntos do Estado, não sendo apenas uma direção de assuntos governo/administração, mas também da prática de atos por parte de outros poderes do Estado, acentuando a interdependência internacional dos Estados, através de uma análise das questões governamentais como problema de multilateralismo dos Estados e das regulações internacionais.

Este novo cenário de governança atua nas políticas públicas como um meio de introdução de coerência e coordenação da ação comunitária. Os diferentes âmbitos de políticas públicas, locais, regionais, nacionais e supranacionais passaram a agir de forma flexível, não repetitiva, criativa e inovadora enquanto ajustadas ao contexto da *governance*²⁶².

Em qualquer dos níveis, o conceito de *governance* sempre estará associado a quatro fatores distintos: a complexidade e dinamismo dos fenômenos e situações sociais, incerteza dos conhecimentos, caráter único dos bens e escassez de meios²⁶³. A *governance* apela ainda para duas linhas distintas, primeiro através da linha de força democrática, no qual o poder e as decisões decorrem do livre consentimento da sociedade, seguido pela linha de força tecnocrática, pAutada na sapiência dos peritos das diferentes áreas, cujo o restante da comunidade confia²⁶⁴.

A *governance* é reinventada no meio político, como uma forma de pilotagem (coordenação e orientação) exercida pelo Estado face um vasto número de organizações e redes sociais, incentivando a cooperação entre os diferentes níveis da comunidade, estimulando as parcerias público-privada e discussões mais participativas, dentro de um quadro complexo e arriscado²⁶⁵.

A teoria da direção ou pilotagem, amplamente difundida pela doutrina alemã se estruturou em torno de quatro elementos básicos, o sujeito da direção, o objeto da direção, os meios e instrumentos à serviço da direção, refletindo na complexidade do sistema social. De acordo com a teoria da

²⁶² Garcia, Maria da Glória F.P.D. 2007, *Op. Cit.* Pag. 352.

²⁶³ Garcia, Maria da Glória. F. P.D. *Governança local, política e direito. Em especial, a ação sobre o ambiente, ordenamento do território e do urbanismo.* In Revista do M.P. nº112. Out/Dez 2007. Pag. 11

²⁶⁴ Garcia, Maria da Glória. F.P.D. 2007. *Op. Cit.* Pag. 11.

²⁶⁵Garcia, Maria da Glória F. P. D., 2007 *Op. Cit.* Pag. 354 e ss.

pilotagem o Direito não representa mais o único meio de direção dos processos sociais, posto que hoje o Direito também concorre com o mercado, a sociedade, as organizações, apesar do direito ainda ocupar uma posição privilegiada no âmago do Estado, porém sua posição deixou de ser exclusiva²⁶⁶.

De acordo com Gomes Canotilho, o Estado já não é mais o único ator, sendo necessário reinventar o Estado em razão dos novos desafios, como o mercado global, a concorrência, também pela insuficiência e ineficiência do *modus operandi* do Estado intervencionista, a necessidade de redução das despesas públicas, o comércio eletrônico, tais fatores acabaram por colocar em cheque o papel de direção do Estado, emergindo uma tendência a auto-regulação social, além de uma direção voltada aos vários atores, que através da cooperação na direção da política dão origem à *governance*²⁶⁷

Neste diapasão, o modelo hierarquizado de estrutura organizatória e decisão *top down* dá lugar a um novo modelo, complexo e de vários atores e direção em rede, *network tip of steering*, um modelo de *governance*, em meio de uma estrutura hierarquizada e o mercado, onde as políticas públicas ao mesmo tempo que precisam de inspirar coerência, exigem maior flexibilidade²⁶⁸.

O *soft law* juntamente com a forma de exercer o poder através da *governance* acabam por contrariar conceitos clássicos, como o da lei, *hard law*, e da tradicional forma de exercer o poder, o *government*, uma vez que a governança resulta do poder que emana de vários centros de poder social, atribuindo maior coerência, conforme a sinergia que emana da comunidade e sua relação com o Estado, sendo que esta partilha de autoridade se fixa como nova realidade e cada vez mais se desenvolve em rede²⁶⁹ com as diferentes entidades públicas e partilha com os cidadãos essas ações. Sendo neste contexto, no qual emerge de um lado o poder da *governance* distinto do poder

²⁶⁶ ASSMANN, Eberhard Schmidt. *Op. Cit.* Pag 46.

²⁶⁷ Canotilho, José Joaquim Gomes. *A governança do terceiro capitalismo e a constituição social*. In Boletim da faculdade de Direito. Entre Discursos e Culturas Jurídicas. Nº89. Coord. José Joaquim Gomes Canotilho e Lênio Luiz Streck. 2006.

²⁶⁸ Garcia, Maria da Glória F.P.D. 2007, *Op. Cit.* Pag.370.

²⁶⁹ Garcia, Maria da Glória.F.P.D, 2009. *Op. Cit.* Pag. 23

de governo, e de outro, uma regulação distinta da normal legal, é que muitas políticas públicas florescem, em especial políticas econômicas.

Entretanto, convém ressaltar que a *governance* não substitui as tradicionais formas de exercitar o poder, ou seja, o Governo e a máquina administrativa, visto que estas continuam a se desenvolver nos seus moldes de ação. A *governance* aparece para preencher os espaços de intervenção do poder político onde não se vislumbra convocar as ações tradicionais do poder, com seus instrumentos e rigidez que os caracterizam²⁷⁰.

4.2.3 O NEW PUBLIC MANAGEMENT - O NOVO MODO DE GESTÃO DO ESTADO

O cenário que emergiu junto com a *governance* recupera ainda os aspectos do *New Public Management*²⁷¹, como instrumento de articulação de parcerias público-privadas²⁷². A penetração das noções gerenciais na atividade pública foi propiciada pela fragmentação da noção de fronteira tradicional entre

²⁷⁰ Garcia, Maria a Glória. F.P.D. 2007. *Op. Cit.* Pag. 12.

²⁷¹ Na década de 80 e 90, iniciou-se na Grã-Bretanha, Canadá e EUA, uma profunda mudança das estruturas administrativas, relacionada não apenas com os aspectos orgânicos, mas também funcionais, que haveria de ficar conhecida em todos os países pela já referida expressão anglo-saxônica *New Public Management*. Esta reforma, procura acomodar no universo da Ap aos novos contributos do princípio da eficiência, caracterizou-se por diversas linhas de orientação, sendo uma delas precisamente a de reservar para a Administração as funções do núcleo típico da atividade estadual, privatizando aquelas que tinham caráter econômico. – Suzana Tavares da Silva. Um Novo Direito Administrativo? Pag. 47.

O *New Public Management* pode ser definido como um modelo de gestão direcionado à modernização da administração pública, com transposição para esta das técnicas de gestão privada e o acentuar dos recursos e ao da virtualidade dos mercados, da privatização, das parcerias público-privadas, sob o pano de fundo de uma compreensão neoliberal – José Eduardo Dias Figueiredo. A Reinvenção da autorização administrativa no novo modelo do direito do ambiente. Pag. 484.

²⁷² Canotilho, José Joaquim Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Almedina. Coimbra. 2006. Pag. 327.

O conceito de *governance* atua mais intensamente entre a gestão das organizações privadas, sendo a *corporate governance* a mais difundida, promovendo uma nova interação entre os acionistas e administradores, integrando trabalhadores, clientes, fornecedores e credores. Baseada nesta filosofia a OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, editou os princípios da *corporate governance*, destinados a ajudar os governos dos Estados-Membros e países terceiros nos seus esforços para avaliar e melhorar o enquadramento legislativo, institucional e regulamentar da *corporate governance* dos respectivos países e proporcionar linhas de orientação e sugestão para bolsas de valores, investidores, empresas e outras entidades que desempenhem funções importantes para o processo de desenvolvimento de uma *good governance*. A *corporate governance* é um componente fulcral para melhoria da eficiência e no crescimento econômico.

o público e o privado, aliada à alteração do aparelho administrativo, amenizando o conceito de especificidade administrativa. O postulado tradicional de impossibilidade de avaliação da gestão pública com base na eficiência, cede lugar ao postulado de que a Administração Pública, a exemplo do setor privado, deve também perseguir a produtividade e racionalizar seus métodos de trabalho, através de modernas técnicas de organização, de decisão, controle e avaliação dos resultados, sob a égide da eficiência e eficácia, compreendidas como ideal de rendimento²⁷³.

Uma vez constatadas as falhas e a falta de efetividade da burocracia do Estado Administrativo, foi se conduzido à reflexão quanto às vantagens que poderiam resultar da introdução de um modelo de gestão para a Administração Pública pautada no modelo econômico privado, baseado nos moldes empresariais e a sua constante preocupação com os custos e a rentabilidade.

O modelo de pilotagem consolidou a filosofia do *New Public Management*, ligada a melhoria da eficiência e eficácia da Administração Pública, através da utilização de conceitos e princípios da economia privada, transpondo para a organização administrativa uma orientação baseada na adequação de supervisão da entrada e dos dinheiros públicos²⁷⁴. Esse novo modelo de operar da gira em torno da ideia diretriz da Administração Pública como uma empresa prestadora de serviços, onde a prestação administrativa é entendida como *produto* e a relação com os cidadãos se estabelece nos moldes da relação de *clientela*. Seu objetivo constitui em construir uma estrutura organizacional e de direção descentralizada, de caráter análogo ao de uma empresa²⁷⁵.

A ideia de competência e de competitividade deve se fazer presente na estrutura administrativa, assim como se faz nas empresas privadas, em que cada setor administrativo deve reconhecer uma margem de atuação sobre sua própria responsabilidade na utilização mais eficiente, fente a essa organização descentralizada se estabelece uma área centralizada, responsável pela direção

²⁷³ Silva, Rogério Luiz Nery da. 2012. *Op. Cit.* Pág. 62.

²⁷⁴ DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Op. Cit.* Pag. 475

²⁷⁵ ASSMANN, Eberhard Schmidt. *La teoria general del derecho administrativo como sistema*. INAP. 2003. Pag. 33

de estratégia e tarefas de controle²⁷⁶. Nessa nova filosofia de *produtos, clientes e holding* como elementos caracterizadores dessa nova relação entre Sociedade e Administração, não constitui desde logo expressões conhecidas no plano das relações jurídicas-administrativas. Sendo, portanto, relevante analisar quais são os valores subjacentes e os fatores determinantes que escondem sobre os conceitos de mercado, competência, análise de qualidade, transparência de custos. Tais conceitos exprimem a idéia de que a Administração Pública não deve mais se limitar a executar ou aplicar a lei ou o Direito, sem que antes não seja realizada uma análise pautada no princípio da racionalidade econômica, ou seja sem se ater aos custos efetivos da atuação administrativa²⁷⁷.

Pedro Gonçalves²⁷⁸ assevera que o *new public governance* não se confundir com o conceito de *new public management*, contudo salienta alguns pontos de contatos, uma vez que o *new public management* foi um movimento oriundo da nova estruturação da Administração Pública, visando a inserção dos moldes de boa governança. Outro fator destacado, foi a constatação do déficit e ineficiência da Administração burocrática que acabou por conduzir a reflexão sobre as vantagens que poderia advir da introdução de um modelo gestor fruto do mercado e do setor privado. Sendo imposto ao gestor administrativo que orientasse suas decisões com maior observância aos resultados produzidos, fomentado uma gestão empresarial, que não verdade não exige a empresarialização por via da transformações em empresas e sim por via da adoção de uma gestão baseada na racionalidade econômica, preocupada com a eficácia e resultados, através de um incentivo a formação de parcerias público-privadas.

Ainda de acordo com o eminente professor, não existe qualquer antítese entre o *new public management* e o *new public governance*, nem significa esta um estágio de evolução mais avançado e sim que o novo molde de gestão

²⁷⁶ ASSMANN, Eberhard Schmidt. *Op. Cit.* Pag. 34.

²⁷⁷ ASSMANN, Eberhard Schmidt. *Op. Cit.* Pag. 34 e ss.

²⁷⁸ GONCALVES, Pedro Costa. *Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da "New Public Governance"*. In *Governo da Administração Pública*. Pag. 18 e ss.

baseado em resultados e eficiência surge como um valor central da boa governança²⁷⁹

De forma que nas últimas décadas, a orientação administrativa para o mercado e para a concorrência foram adotadas como pressupostos de atuação administrativa voltada para os fins e eficiente, através de vários instrumentos tais como a privatização da organização administrativa e da realização de tarefas públicas, bem como a abertura de mercados de concorrência através da cedência de monopólios públicos, de técnicas de gestão, de um recurso mais intenso à contratação e as novas formas de contratação que no fundo marcam a transição do Estado hierarquizado e burocrático para o Estado contratual e orientado para o mercado²⁸⁰.

4.2.4 O NOVO PAPEL DO ESTADO, INCENTIVADOR, ORIENTADOR E GARANTIDOR

No campo do Direito, a Constituição evoluiu, segundo Gomes Canotilho²⁸¹, de uma *ordem-quadro* do Estado para uma *ordem-quadro fundamental* do Estado e da sociedade, o que significa dizer que o Estado assumiu uma data de tarefas de comando e direção, que iam desde as tarefas de ordem e de segurança até à direção da ordem econômica, à garantia das prestações existenciais e sociais, à produção de serviços e de bens essenciais, de forma que atribuir ao Estado todas essas funções e responsabilidades acabou por colocar em crise a capacidade de direção da política e do direito, mesmo antes do impacto da globalização, o colapso do Estado social já vinha se revelando, e dando indícios de que era necessário uma ruptura de paradigma.

Desde a década de 80, ante as transformações vivenciadas no seio da sociedade, o Estado foi se transformando, e tendo suas funções gradativamente alteradas até constituir hoje o que alguns doutrinadores

²⁷⁹ GONÇALVES, Pedro Costa. *Op. Cit.* Pag. 19.

²⁸⁰ DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Op.Cit.* Pag. 484.

²⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.* Pag. 150.

designam por Estado Orientador, Incentivador e Garantidor²⁸², de acordo com Vital Moreira²⁸³ a configuração estatal passou por três fases distintas até emergir o novo conceito de Estado, passando primeiramente pelo Estado Liberal, seguidamente pelo Estado Intervencionista que tem como caricatura máxima o Estado do Bem Estar Social e posteriormente o Estado Regulador.

A evolução do neoliberalismo, a partir dos anos 80 passou a contestar o papel desempenhado pelo Estado na economia, que até então tinha uma economia marcada pelo planeamento público, atulhando o Estado com múltiplas tarefas prestacionais, ocasionando elevados níveis de ineficiência, elevando-se a necessidade de *emagrecer* o Estado, foi então que o *modus operandi* do Estado passou a ser definido como sendo Regulador econômico, entendido como o estabelecimento e implantação de regras para a atividade econômica, destinada a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com os objetivos públicos. Todavia, os novos desafios lançados ao Estado acabaram por gerar a insuficiência desse modelo, emergindo então um *Estado incentivador de mercado, um Estado orientador de comportamento e um Estado garantidor do Bem-Estar*²⁸⁴.

A nova roupagem do Estado foi impulsionado em grande parte pela onda de privatização e maior cooperação entre os entes públicos e privados, deslocando a soberania e autoridade, contribuindo para uma gradativa erosão da estadualidade, além da auto-regulação, tais fatores culminaram com a alteração do Estado para um modelo Incentivador, Orientador e Garantidor, que passou a atuar em rede²⁸⁵ com outros centros de tomada de decisões, dentro de um contexto de normas produzidas não só pelos Estados nacionais,

²⁸² Entre os doutrinadores que defendem a novo papel do Estado diante das atuais funções de orientação, incentivar e orientar nos baseamos principalmente pela dissertação para obtenção do grau de Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra da Dra. Suzana Tavares, cujo título é *O sector eléctrico perante o Estado Incentivador, Orientador e Garantidor*.

²⁸³ MOREIRA, Vital. *Os caminhos da privatização da Administração Pública*. Pg.223

²⁸⁴ Tavares, Suzana. *O sector eléctrico perante o Estado Incentivador, Orientador e Garantidor*. Pag. 4/5.

²⁸⁵ De acordo com o célebre jurista italiano, Sabino Cassese, a *priori* o termo rede indica uma figura organizacional composta por vários organismos públicos pertencentes a entidades ou aparelhos diferenciados e colaborando uns com outros em interdependência, entretanto, a proliferação articulação em rede nos últimos anos, se mostrou mais como uma forma de colaboração entre diversos protagonistas na nova era da sociedade global, entre os organismos públicos, pertencentes a pessoas coletivas unitárias, embora não atuem em unidade, passando a estabelecer entre elas uma colaboração assimétrica e paritária, gerando um sistema de *governance without government*, tendo em vista a inexistência de uma estrutura unitária e compacta de governo,.

mas também pelas instâncias internacionais, supranacionais e até pelas entidades privadas. O então conhecido paradigma de Estado robusto, cada vez mais saturado e sobre-solicitado de tarefas foi cedendo espaço a um Estado cada vez mais magro, evidenciado pela redução de tarefas e despesas estatais²⁸⁶, características que conduziu a uma nova reequação do direito administrativo tradicional, conforme se verá mais adiante.

O Estado não abandona sua função de promoção do Bem-Estar, entretanto o mesmo reduziu a sua atuação direta na busca da promoção, concentrando suas atividades no mercado, através de ações voltadas ao estímulo dos mecanismos mercadológicos, aumentando a participação das entidades privadas na prosequção das tarefas até então exclusivamente desempenhadas pela administração pública, repartindo os poderes e tarefas entre Estado e a sociedade, este último assumindo as atividades de dinamização do bem-estar, através de um modelo pautado nos quesitos de eficiência, sustentabilidade e justiça²⁸⁷.

De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho, as críticas mais persistentes contra o Estado Social está calçada na premissa de que este modelo está alicerçado em expectativas normativas que não estão mais em condições de serem garantidas, salientando três pontos importantes: 1) o mercado global e a concorrência necessitam de um Estado Garantidor da Concorrência, no qual as empresas privadas adotam estratégias de deslocalização, de políticas de investimentos e de mão de obras tendentes a redução dos custos de exercícios e maximização de lucros, no qual o papel do Estado assume uma cumplicidade com a criação de infraestruturas, benefícios fiscais, legislação laboral, na qual assistimos a substituição dos serviços públicos por empresas de interesse econômico geral, privatizadas; 2) a redução das despesas públicas obriga a cortes orçamentários e ao drástico emagrecimento do aparelho estatal, na qual o Estado Máximo se transforma no Estado Mínimo; 3) comércio eletrônico e as transações telemáticas

²⁸⁶ DIAS, José Eduardo Figueiredo. *A reinvenção da administrativa no novo modelo do Direito do Ambiente*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pag. 437.

²⁸⁷ TAVARES. Suzana. *O sector eléctrico perante o Estado Incentivador, Orientador e Garantidor*. Pag. 2/3.

representam um grande impacto sobre os cofres públicos, uma vez que essa nova modalidade de transação comercial *internética* faz com que o Estado Social veja seus recursos fiscais em permanente retrocesso²⁸⁸

A reforma do papel do Estado se deu principalmente pela redução das tarefas estatais, da flexibilização orçamentária, a reforma no funcionalismo público, a instituição da avaliação de consequências das leis, utilização de critérios de eficiência, racionalização e sustentabilidade na ação estatal, a utilização de técnicas de gestão e informação e reforço da responsabilidade privada²⁸⁹.

A doutrina alemã afirma que emergiu uma nova classe de atuação do Estado, na qual o Estado prestacional e o Estado da ordenação, cedem lugar ao Estado Garantidor da prestação, chamando atenção dos vários pontos em comum que essa nova modalidade de atuação do Estado tem com a *pilotagem*, uma vez que o Estado por meio da Administração Pública também tem que se deparar com frequência com conflitos de interesse, nomeadamente entre públicos e privados, com constelações de interesses²⁹⁰.

Ainda de acordo com Schmidt-Assmann a responsabilidade de garantia de prestação é o conceito chave, sendo que essa responsabilidade e compromisso se dá quando a Administração Pública se compromete em assegurar que a atividade de interesse geral seja satisfeita em condições adequadas pelo setor privado²⁹¹.

Outro ponto crucial destacado pela doutrina alemã da nova forma de atuação do Estado é o fato de que a Administração e o setor privado atuam em comum para satisfazer o bem geral, na qual a Administração busca modelar a iniciativa privada aos critérios de racionalização. São inúmeras as formas de atuação do Estado garantidor, contudo Schmidt-Assmann destaca quatro pontos: 1) a preservação da racionalidade própria de ambos os subsistemas, através da neutralidade do Estado e da espontaneidade da sociedade; 2) a flexibilidade ou adaptabilidade dos acordos que o Estado e Sociedade

²⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. Cit.* Pag. 149/150.

²⁸⁹ Dias, José Eduardo Figueiredo. *Op. Cit.* Pag. 438.

²⁹⁰ ASSMANN, Eberhard Schmidt. *Op. Cit.* Pag. 105 e ss.

²⁹¹ ASSMANN, Eberhard Schmidt. *Op. Cit.* Pag. 105 e ss.

alcançam de forma conjunta; 3) a necessidade de ambos os setores aprofundar a autovigilância, o autocontrole, dos quais remetem a publicidade e a transparência e por fim; 4) a criação de estruturas necessárias, com a ajuda de uma legislação que forneça as condições adequadas de regras e metas de interação, sem petrificar ambos setores²⁹².

Neste diapasão Suzana Tavares assevera que o Estado abandona a prestação material do serviço público, face à ineficiência do sistema, direcionando-o ao mercado, destacando, que embora redirecione os serviços públicos ao mercado, o Estado não deixa de atuar totalmente, uma vez que este deve intervir quando o mercado apontar falhas ou até mesmo se fazendo substituir pela regulação. De forma que o Estado visa a otimização da concretização dos direitos sociais em ambiente de mercado, impondo standards ao mercado para concretização desses direitos²⁹³.

Ainda no contexto da nova roupagem do Estado, emerge a função de incentivador, na qual uma de suas características se apresenta com a autonomização do Estado-Empresário, com destaque a sua atuação no mercado, subordinado às próprias leis de mercado, ou seja, o Estado se apresenta como titular de empresas que operam no mercado visando a obtenção de lucro, almejando o estímulo de mecanismos de mercado e otimização de resultados. Contudo esta não é a única forma de apresentação do Estado Incentivar, que tem como ponto chave, o fato de que em todos os seus desdobramentos se observa a prossecução da promoção do interesse geral a partir do mercado²⁹⁴.

Já a caracterização da nova forma de atuar como orientador, tem como desdobramento o fato do Estado se valer do poder de tributação para fins extra-fiscais, com base no postulado de que esta se torna mais eficiente na prossecução das políticas públicas, nomeadamente nas políticas ambientais, como podemos observar no segundo e terceiro capítulo deste trabalho, com o aumento do uso de instrumentos fiscais para realização dos objetivos das políticas públicas ambientais e energéticas. De forma que o Estado Orientador

²⁹² ASSMANN, Eberhard Schmidt. *Op. Cit.* Pag. 107/108.

²⁹³ TAVARES, Suzana. *O sector eléctrico perante o Estado ...* Pag. 72.

²⁹⁴ TAVARES, Suzana. *Op. Cit.* Pag. 67 e ss.

tem legitimidade para se valer de instrumentos tributários extra-fiscais, sem que isso signifique a neutralização da necessidade de articulação dos mesmos com os princípios constitucionais sobre obtenção de receitas coativas²⁹⁵

No fundo, podemos concluir que a nova roupagem do Estado, Garantidor, Incentivador e Orientador, tem como elementos centrais a divisão de responsabilidade entre o Estado e a iniciativa privada, bem como a auto-regulação regulada.

4.2.5 A PRIVATIZAÇÃO

A retirada do Estado de atividades tidas como eminentemente estatais é identificada de forma *lato sensu* com a privatização, que é um dos principais conceitos da nova era do direito administrativo, conforme observamos no tópico acima a passagem do Estado prestador de serviços, do Estado Máximo, concretizador dos serviços públicos e bem-estar social para um Estado elegante, magro, que atrai para si a função de garantidor e de reserva na atuação das tarefas de interesse público está intimamente ligado à privatização, a fuga do público para o privado. A privatização não ficou restrita somente a prestação das ditas tarefas de interesse público, mas também observamos um movimento de privatização quanto à organização e aos procedimentos administrativos.

A privatização que tratamos aqui possui um conceito polissêmico, à medida em que representa diversas modalidades de privatização²⁹⁶, como a privatização material que representa a transferência da realização das tarefas até então destinadas ao setor público para o privado, que acarreta a redução da intervenção estatal na seio econômico da sociedade, já a privatização da

²⁹⁵ TAVARES, Suzana. *Op. Cit.* Pag. 80 e ss.

²⁹⁶ De acordo com Paulo Otero, o termo privatização é dotado de vários significados, no qual pontua cinco sentidos compreendidos em termos jurídicos, (1) a supressão dos controles públicos sobre certas atividades; (2) a submissão de pessoas administrativas a regras de cunho privado; (3) a transformação de uma personalidade pública em particular; (4) a delegação de atividades públicas à iniciativa privada e por fim (5) a venda parcial ou total de ativos empresariais de titularidade do Estado. (*Privatizações, Reprivatizações e Transferências de Participações Sociais no Interior do Sector Público*, Coimbra: Coimbra, 1999, Pag. 11/15)

organização reflete na criação de sociedades nos moldes do direito privado, ou seja a concepção organizatória dos entes até então públicos com uma nova roupagem do direito privado e por fim destacamos a privatização procedimental, que reflete principalmente no âmbito do Direito Administrativo Ambiental, que consiste na atribuição aos requerentes da responsabilidade por partes ou setores do procedimento, pela gestão privada do procedimento, ou através da atribuição de processos de verificação e de planejamento a peritos privados. Independente da modalidade de privatização, podemos afirmar que este fenômeno exige do Estado um novo papel fundamentado na função de gerir as consequências da privatização, por meio da regulação e supervisão das atividades públicas privatizadas, na qual verificamos uma partilha de responsabilidade ou a cooperação na execução das tarefas²⁹⁷.

A onda de privatização é uma tendência do novo Estado, ligada intimamente à liberalização dos grandes serviços públicos, ao princípio da livre concorrência, a medida de eliminação de condicionamentos administrativos, à afirmação da supremacia da sociedade civil e do mercado, além da necessidade em reduzir o Estado e transportar a realização de inúmeras tarefas para o mercado²⁹⁸. A redefinição do Estado no âmbito da constituição econômica aponta a privatização como uma forma de prosecução mais eficiente do interesse público no domínio dos serviços públicos tradicionais.²⁹⁹

A retirada do Estado e transferência ao setor privado das tarefas e bens públicos, resguardando ao Estado somente a função de vigilância, garantia e direção, fez com que a fronteira entre a esfera pública e privada fosse reestruturada. Em outras palavras retratação da Administração Pública é imediatamente proporcional à privatização, em *latu sensu*, desencadeou uma maior utilização das vias jurídico-privadas, surgindo uma tendência à utilização do Direito Privado em campos antes inexplorados.

²⁹⁷ FIGUEIREDO, José Eduardo Dias. *Op. Cit.* Pag. 435 e ss.

²⁹⁸ FIGUEIREDO, José Eduardo Dias. *Op. Cit.* Pag. 435.

²⁹⁹ TAVARES, Suzana da Silva. *Op. Cit* Pag. 7

De acordo com Giuseppe Piperata³⁰⁰ a utilização do Direito Privado pela Administração Pública pode ser dividida em três ângulos, o primeiro diz respeito à utilização do Direito Privado para regular a capacidade de operação das entidades criadas pela Administração, o que engloba tanto a outorga de capacidade de Direito Privado a certas entidades, como também as consequências da titularidade estatal sobre os ativos empresariais. Em ambas as situações, se analisa a possibilidade de socorrer-se ao Direito Privado para ordenar sujeitos que exerçam as obrigações e funções impostas à Administração, representando uma ruptura com a concepção subjetiva de Administração Pública.

O segundo campo de atuação, é representado pela análise dos instrumentos do Direito Privado que vão ser utilizados pela Administração, uma vez que o Direito Privado passou a fornecer um amplo leque de opções de soluções capazes de serem adotadas pela Administração, possibilitando uma melhor atuação da mesma, como por exemplo a contratualização da Administração Pública, no âmbito de uma Administração mais consensual, que substituem a efetivação de soluções aos *moldes pré-definidos em lei*.

O último ponto levantado pelo eminente jurista italiano é a aplicação da *rationale* do Direito Privado nas relações entre Administração Pública e administrados, no qual o Direito Privado presta um sistema de proteção aos administrados, como por exemplo a possibilidade de conceitos e institutos típicos do Direito Privado, tais como a boa-fé, a preservação de expectativa econômicas legítimas, ampliando desta feita a liberdade dos particulares frente a Administração.

As manifestações acima apontadas por Giuseppe Piperata induzem a uma maior aplicação das técnicas oriundas do Direito Privado na esfera pública, contrariando a consagrada presunção de que o direito público seria a regra e o direito privado à exceção nos atos da Administração Pública. De

³⁰⁰ PIPERATA, Giuseppe. *La scienza del Diritto Amministrativo e il Diritto Privado*, in *La scienza del Diritto Amministrativo nella seconda metà del XX secolo*. Org. Edoardo Chiti, Luisa Torchia e Aldo Sandulli. Ed. Scientifica. Nápoles. 2008. Pag. 189/194.

forma que para Javier Barnes³⁰¹ a fronteira entre a esfera pública e privada tenha se movido para uma nova divisão ou repartição, se transformando em uma rede de pontos de encontros e tarefas compartilhadas sobre o manto da direção pública, em um complexo de organizações e sujeitos, em que cada um constitui uma peça necessária, fornecendo uma função complementar para o novo *modus operandi* Estatal.

De tal forma que podemos falar em uma extensão dos valores públicos através do Direito Privado, onde a privatização poderia ser entendida como uma espécie de *publificación*, a grosso modo, onde se nota complementariedade do Direito Privado para as ações do Direito Administrativo, a serviço dos interesses gerais. Contudo, Javier Barnes afirma que não estamos diante da *publificación* do Direito Privado, ou muito menos de sua des-privatização, e sim de uma manifestação de colaboração entre público-privado, que encontra-se baseada na ajuda recíproca e na interação entre ambos os ramos do direito, no qual o objetivo é somar o melhor de cada ramo, em determinados casos e condições, a flexibilidade do direito privado e os valores do direito administrativo³⁰².

4.2.6 DA DESREGULAÇÃO À NEO-REGULAÇÃO OU RE-REGULAÇÃO

O Estado da Providência que tinha como principal característica a intervenção acentuada nos vários domínios econômicos e sociais, chamando para si o encargo da execução de um extenso rol de ações em busca do bem estar social, acabou por ir perdendo espaço, sobretudo a partir dos anos 80, no qual o Estado passou a assumir uma nova postura, com acentuada busca aos recursos de forma jurídico-privadas, tanto para as organizações como para as atuações administrativas, na qual a busca pela eficiência na gestão da res

³⁰¹ BARNES, Javier. *Algunas Respuestas Del Derecho Administrativo Contemporáneo ante las Nuevas Formas de Regulación, Fuentes, Alianzas con El Derecho Privado, Procedimientos de tercera Generación*. In. *Innovación Y reforma en El Derecho Administrativo*. Editor. Javier Barnes. 2ª Edição. Ed. INAP. Sevilla. 2012. Pag. 310.

³⁰² BARNES, Javier. *Op. Cit.* Pag. 316.

pública³⁰³, necessitando obrigatoriamente de uma desintervenção estadual e de uma re-valorização do papel da sociedade civil.³⁰⁴

De forma que diante da retratação das funções e responsabilidades estatais e das novas tendências, tais como a liberalização, privatização, desestatização, informalização e flexibilidade no protagonismo do mercado e da concorrência, seguiu-se a orientação da desregulação³⁰⁵, firmada sobretudo na dissolução dos antigos institutos e estruturas jurídicas, através do uso de recursos e ações mais informais e negociais entre Estado e os setores econômicos privados, associações e demais organizações da sociedade civil³⁰⁶.

Contudo, simultaneamente ao movimento de desregulação, seguiu-se novas formas de regulação em termos formais, materiais e autorias, , sendo que embora a *prima face* pareçam movimentos antagônicos, não se evidenciou uma diminuição da regulação³⁰⁷, mas sim uma nova forma de regular, através de formas mais *softs* e flexíveis, deixando de lado o caráter de imposição ou determinação unilateral, buscando um consenso, parcerias entre os entes públicos, setores econômicos privados, empresariais e sociais, impondo-se um

³⁰³ SILVA, João Nuno Calvão da. *Responsabilidade dos reguladores na fixação e controlo das tarifas*. In Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Económicas, v. 4, p. 31-94, 2012.

³⁰⁴ A bancarrota do Estado Intervencionista e Regulador não significou o retorno do Liberalismo e da auto-regulação de mercado, uma vez que através das novas funções de garantidor, orientador e incentivador o Estado continuou a regular, contudo de forma diversa da clássica regulação.

³⁰⁵ De acordo com Dr. José Eduardo Figueiredo Dias O conceito de desregulação surgiu na década de 80, através da dissolução entre Estado e Economia, reforçando a concorrência, entre os agentes públicos e privados, tendo sido introduzido primeiramente nos EUA, Grã-Bretanha e Japão. O fenómeno da desregulação é visto como um dos principais fatores estimulantes da Doutrina do Novo Direito Administrativo, representando pelo recuo do direito da ordenação, sobretudo em matérias ambientais, sendo um sintoma da crise enfrentada pelo direito clássico da ordenação. Conceito intimamente ligado a dissolução da regulação, simplificação jurídica e administrativa, desburocratização e redução das tarefas do Estado

³⁰⁶ DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Op. Cit.* Pag. 425/426.

³⁰⁷ De acordo com Eberhard Schmidt-Assmann regulação possui um sentido muito amplo, sendo o conceito de regulação definido como toda forma de exercício e de influência estatal sobre o âmbito social, tendo um certo parentesco com o conceito de direção. O professor Dr. José Eduardo Figueiredo Dias, assevera que a priori o termo era utilizado como referência a regulação económica, sublinhando a necessidade do Estado intervir numa economia liberalizada, visando combater as falhas de mercado, contudo, atualmente o conceito se alargou, abarcando o campo social, podendo hoje ser entendido como um sentido mais geral de ordenação de atividades provadas suscetíveis de pôr em causa o funcionamento social e ou alguns interesses ou valores específicos. Ou ainda como o controle público administrativo da atividade privada de acordo com as regras estabelecidas no interesse público.

dever de comunicação, informação, transparência, realização de avaliações, monitorização, auditoriais.³⁰⁸

De forma que podemos afirmar que movimentos de privatização e liberalização que geraram o fenómeno da desregulação, condizem, ainda que contrariamente, à uma densificação da regulação na economia, uma vez que a nova administração diante da necessidade de pilotar os diversos interesses dos *players* dentro do mercado é obrigada a reinventar novas formas de regulação³⁰⁹, surgindo assim a re-regulação ou neoregulação, que diferentemente da regulação intervencionista, tem como característica a separação Estado-Economia, eis que embora o mercado tenha que ser regulado, esta regulação deve funcionar com equilíbrio e de acordo com os objetivos do interesse público³¹⁰.

Ou seja, os serviços públicos após a sua *devolução ao mercado*, fizeram com que o Estado abandonasse sua função de produtor/fornecedor, para se tornar garantidor da prestação pelo mercado, segundo determinadas condições, contudo a abertura destes setores ao mercado não gerou um mercado livre, mas sim um mercado regulado, trazendo consigo um acréscimo de regulação³¹¹, ou seja, um aumento de regulação pública nos setores privatizados e liberalizados, ante a necessidade de recriar o mercado e suprir as suas falhas. Todavia, o novo modelo de regulação deixa de ter como objetivo central corrigir as falhas do mercado, objetivando agora a promoção do mercado, incentivando o seu aparecimento, através de instrumentos de controle económicos e instrumentos jurídicos, o que segundo Suzana Tavares seria uma nova atividade administrativa, a de promover e otimizar o mercado, uma vez que o mercado atualmente constitui uma das vias de promoção da tarefa do bem-estar, antes assumida unicamente pelo Estado, de forma que a

³⁰⁸ DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Op. Cit.* Pag. 428.

³⁰⁹ Entre as novas formas de regulação Dra. Suzana Tavares em sua obra *Um Novo Direito Administrativo?* cita como exemplos contratos de regulação, tarifas reguladas, atividades de supervisão, direito de acessos á infraestruturas essenciais, além de indicar as novas entidades administrativas, representadas pelas autoridades reguladoras.

³¹⁰ SILVA, João Nuno Calvão. *Op cit.* Pag. 3-4.

³¹¹ TAVARES. Suzana. *O Sector Eléctrico perante o Estado Incentivador, Orientador e Garantidor.* Pag. 14/15.

nova regulação não é mais somente regular o mercado, mas sim incentivar, promover, garantir e otimizar seus resultados³¹².

A re-regulação traz ainda, implicações aos privados através da imposição de novas funções de controle, através da auto-regulação³¹³ privada, devido ao crescimento da importância desempenhada pelos privados na realização de tarefas públicas e prossecução do interesse público, sobretudo em decorrência do princípio da cooperação, já que privados são responsáveis pelas suas atividades, ainda que ligadas a satisfação do interesse público, remetendo à Administração somente o papel de *controlador dos controladores*, enfatizando cada vez mais o papel garantidor do Estado. A auto-regulação privada se revela de várias formas, operando de forma isolada ou em combinação, através da normalização ou estandarização, certificação e classificação, monitorização, aconselhamento e arbitragem³¹⁴.

O novo modelo de regulação é marcado ainda, pela *desgovernamentalização* da regulação, através de autoridades reguladoras, emergindo assim um cenário marcado pela heterogeneidade de entidades³¹⁵,

³¹² TAVARES, Suzana. *Op. Cit.* Pag.15-16

³¹³ Eberhard Schmidt-Assmann em *Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoria general del derecho administrativo*, destaca dois tipos de auto-regulação, a primeira como sendo a auto-regulação regulada, isto é uma auto-regulação social regulada de forma imperativa ou com exercício de autoridade, representa uma síntese ou combinação da racionalidade própria da ação pública e da lógica da ação privada. O autor destaca também a auto-regulação social, representada quando se trata de uma questão que pertence essencialmente ao Direito Privado e ao Estado incumbe a função fundamental, qual seja, de prover ou facilitar as condições necessárias, ou de colocar à disposição. Sendo que a formação da ordem social se produz no contexto das instituições jurídicas de Direito Privado, organizações e contratos, como sucede por exemplo com as associações ou sociedades mercantis.

³¹⁴ DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Op. Cit.* Pag. 431/432.

A auto-regulação é evidenciada principalmente em matéria ambiental, por intermédio da auto-regulação ecológica, e como veremos a seguir, o sistema de Certificados Brancos apresenta várias formas de auto-regulação, como por exemplo a certificação e monitorização do sistema.

³¹⁵De acordo com Lourenço Vilhena de Freitas em *Direito Administrativo da Energia*, no contexto do Estado-Regulador surgem as autoridades reguladoras. Diversas razões são apontadas para emergência destas autoridades: neutralização política, elevado grau de especialização, distinção entre a função de prestador e de regulador, forma mais clara de assegurar o acesso à rede por parte dos operadores. Dentre as funções destas entidades destaca-se a garantia de cumprimento de obrigação de serviço público, necessidade de prevenção dos riscos, bem como garantir a informação dos utentes. A regulação surgiu nos Estados Unidos, com a *independent regulatory agencies* NOS ANOS 70/80 do século XIX, tendo ganho fôlego no quadro do *Interstate Commerce Act* de 1887, tendo surgido a regulação ferroviária em 1889, ainda que possa se encontrar alguns antecedentes no *board system* do Reino Unido e no *Reform Act* de 1832, contudo a regulação neste país só ganha *corpus* durante o consulado de Thatcher, através do programa *Next Steps*. Atualmente nos Estados Unidos as agências reguladoras são em regra independentes, significando não apenas ingerência na regulação, como também autonomia e independência na nomeação dos membros, são órgãos técnicos, neutros. Já com relação ao modelo

implicando em uma descentralização ordenadora ou regulatória, estabelecendo a criação de uma *agencificação*, com poderes normativos de regulação, dentro do novo espaço jurídico global³¹⁶.

Através desse espaço desgovernmentalizado da regulação, buscou-se despolitizar a intervenção pública nos mercados emergentes, através da separação de poderes entre os órgãos políticos do Estado e a atividade regulatória propriamente dita³¹⁷, reduzindo a intervenção política na economia, muito embora, essa independência não permita que o atual modelo de regulação se desencadeie da regulação político-estadual e político-social, comprometida com valores sociais³¹⁸.

4.3 A NOVA ERA DO DIREITO ADMINISTRATIVO - AS NOVAS FORMAS DE ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como podemos observar em linhas acima, foram várias as externalidades e influências que contribuíram para que a perspectiva clássica do Direito Administrativo de Otto Mayer, consagrada em meados do fim do século XIX, centrado nas normas e no ato administrativo, através de processos sistematizados e abstratos, correspondentes a codificação dos diplomas fundamentais, começasse a apresentar seus primeiros sinais de insuficiência perante a nova realidade global, ensejando uma profunda transformação ou reformulação dos institutos tradicionais do Direito Administrativo, emergindo

européu de regulação a implementação das autoridades reguladas foi diferenciada, uma vez que existem três modelos: 1) um modelo que passa pela criação apenas de uma autoridade reguladora para todos os setores relativos a indústrias de rede, caso de Luxemburgo e da Alemanha; 2) um modelo que passa pela criação de apenas autoridade reguladora para todos os aspectos da concorrência, como no caso da Holanda e por fim 3) um modelo que passa pela criação de entidades específicas, como no caso da Bélgica, França, Reino Unido e de Portugal.

³¹⁶ CATARINO, Luís Guilherme. *A reforma da Regulação Financeira na União Europeia: refracção do movimento do Direito Administrativo Global*. Disponível em:

http://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1360862121a_reforma_da_regulacao_financeira_lc_formatado.pdf

Ainda de acordo com Dra. Luís Guilherme Catarino, “*A preponderância mundial do mercado em todos os sectores da economia, incluindo aqueles que se entendia serem “naturalmente” de domínio estadual vg por corresponderem a “serviços públicos”, determinou a criação de “poderes regulatórios” difusos e sectoriais para acorrer aos interesses público transnacionais.*”

³¹⁷ DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Op. Cit.* Pag. 418.

³¹⁸ TAVARES, Suzana. *O Sector Eléctrico perante o Estado Incentivador, Orientador e Garantidor*. Pag. 18.

assim um novo paradigma defendido principalmente pela doutrina germânica, de um *novo direito administrativo*³¹⁹.

Independente de levantarmos uma bandeira a favor ou não da emergência de um novo direito administrativo, deve ser ponderado que a nova realidade pautada na eficiência, eficácia, atenção aos custos, simplificação, transparência, flexibilidade, aceleração de novos instrumentos, a cooperação e a partilha de responsabilidade e de informação representa uma renovação ou modernização da administração pública e o direito que a disciplina. Na qual assistimos uma tensão entre a estabilidade clássica do direito administrativo e instigação da flexibilidade e adaptação advinda das inovações³²⁰.

O Direito Administrativo evoluiu a medida em que não foi mais possível a utilização dos mesmos cânones que se utilizava no século XX, quando a preocupação dos Estados era basicamente a de promoção do bem-estar social, através principalmente dos serviços públicos, dirigidos e prestados diretamente pelo Estado, com ou sem substrato empresarial ou por meio de concessionárias que atuavam sobre as regras impostas pelo poder público. O século XXI traz duas grandes novidades que justificam a alteração/evolução do Direito Administrativo, a mudança na política de desenvolvimento econômico, que agora é baseada nos mercados, trazendo o mercado para o cerne da questão, através da transfêrencia de grande parte das atividades econômicas desenvolvidas anteriormente pelo Estado, seja direta ou indiretamente, ao mercado, e a segunda inovação é a internacionalização e europeização das

³¹⁹ Apesar de não constituir o cerne do presente trabalho a discussão central quanto à emergência ou não de um novo direito administrativo, não podemos de citar os principais doutrinadores do Novo Direito Administrativo podemos citar Eberhard Schmidt-Assmann e Andreas Vosskuhle, corrente também defendida entre nós pela professora Dra. Suzana Tavares da Silva. Todavia. A doutrina não é ainda unânime quanto à emergência de um novo Direito Administrativo, sendo defendida por exemplo pelo mestre italiano Sabino Cassese, o qual defende que não se pode falar um novo direito administrativo, na medida em que as novas tendências convivem com as velhas, gerando diversas ambiguidades que devem ser solucionadas. Entre nós, citamos o professor Dr. José Eduardo Figueiredo Dias que defende que as alterações não possuem índole que legitime a defesa da alteração de paradigma, uma vez que ainda os institutos e instrumentos clássicos da ordenação jurídico-administrativa, continuam a ser decisivos, inclusive nos novos setores de referência do Direito Administrativo. Ainda nesse sentido é a concepção do professor Dr. Pedro Gonçalves, que designa a palavra transformação como a mais correta, uma vez que o direito administrativo atual passa por transformações, nomeadamente em decorrência da modernização, empresarialização, delegações de funções públicas aos particulares, autoadministração de interesses, e o emagrecimento do estado, não legitimando desta forma uma defesa absoluta de alteração de paradigma.

³²⁰ DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Op. Cit.* Pag. 417.

políticas públicas, que transformou os governos internos em agentes de implementação de políticas, cuja as estratégias são definidas através esquemas negociáveis em um espaço multinivelado³²¹.

De tal forma que de imediato se depreende duas consequências, a primeira reside no fato do Direito Administrativo da *luz vermelha*, ou seja odireito administrativo da proibição cedeu lugar ao Direito Administrativo da *luz verde* e dos sinais de orientação ou recomendações, no qual é necessário um Direito Administrativo positivo, de ação eficaz, de regulação adequada e de prestação efetiva dos serviços essenciais, passou-se a buscar a preservação dos bens coletivos, dos direitos individuais ao mesmo tempo em que se incentiva a economia, a criação de empregos, a melhora do meio ambiente e o bem estar social. O Direito Administrativo da *luz vermelha* carece de instrumentos capazes de solucionar os novos problemas da era globalizada, sem interromper o crescimento sustentável do meio ambiente urbano, da estabilidade financeira, da eficiência energética e etc³²².

Assim, podemos afirmar que o poder administrativo perde o tom imperialista típico do Estado Social, reaparecendo agora como um poder de direção que governa a implementação de políticas de nível internacional e europeu, dirigindo os agentes econômicos, que atuam em mercados regulados, sem necessariamente ter que fazer uso dos poderes de autoridade³²³.

A segunda consequência apontada por Javier Barnes consiste no fato de que a formação dessa nova dimensão é distinta, mais complexa e aberta ao diálogo com outras ciências. Trata-se de um Direito Administrativo bem informado, em termos interdisciplinares, de um direito em contexto, de diálogo, seja ou não formalizado, através da construção de conceitos pontes entre as distintas áreas da ciência³²⁴

A mudança no Direito Administrativo não consiste somente quanto à perspectiva, ou seja da tutela à ação eficaz, muito menos do método, da

³²¹ TAVARES, Suzana. *La regulación económica como materia del nuevo derecho administrativo*.

Disponível em:

<http://www.uco.es/congresos/HispanoLuso/documentos/Comunicaciones/tavares%20da%20silva.pdf>

³²² BARNERS, Javier. *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Pag. 15.

³²³ TAVARES, Suzana. *La regulación económica como materia del nuevo derecho administrativo*.

³²⁴ BARNES, Javier. *Op. Cit.* Pag. 15

interpretação e aplicação do Direito à adoção de estratégias para tomadas de decisão mais eficazes, a mudança também é quanto a expansão do mesmo, uma vez que o Novo Direito Administrativo vai além do Estado, como o Direito Administrativo Global, Internacional ou Comunitário, ou através da cooperação entre as agências e organismos reguladores nacionais à nível mundial, renovando os mecanismos de procedimentos. Outro ponto de expansão do Novo Direito Administrativo consiste na criação de pontes e colaborações com a sociedade de uma forma distinta, na medida em que é atribuído ao privado novas responsabilidades, tais como a privatização e a auto-regulação³²⁵.

Todavia, o ponto que mais nos interessa no âmbito do presente trabalho diz respeito à alteração da forma de atuação do direito administrativo³²⁶, que a *priori* era pautada principalmente através das autorizações, obrigações, proibições, sanções e etc, contudo, diante do modelo de pilotagem assumido pela Administração, os novos instrumentos não reconhecem o Direito como único meio de orientação, reconhecendo também papel do mercado, da sociedade e das organizações.

Dito isto, podemos por assim dizer que a onda de privatização, da desregulação, neo-regulação, a governance, os princípios do *new public management*, o fortalecimento da atuação informal da administração, o desenvolvimento do direito reflexivo, aliados à crise do direito da luz vermelha, fez com que se projetasse uma necessidade de atualização, reformulação, diversificação e modernização, das formas de atuação administrativas, alinhando-se com abertura da estadualidade através da europeização, internacionalização, bem como as novas tendências de simplificação, aceleração e desmaterialização³²⁷, levando ao desenvolvimento de novas modalidades de atuação administrativa muito heterogêneas, com a expansão da atuação administrativa informal, estratégias de negociação, estruturas de

³²⁵ BARNES, Javier. *Op. Cit.* Pag. 17.

³²⁶ Desenvolveremos o nosso trabalho quanto ao este tema tendo como base a teoria defendida por Eberhard Schmidt-Assmann em sua obra *La Teoria General del Derecho Administrativo como sistema*, traduzida por Javier Barnes e outros, uma vez que conforme já adiantamos o referido autor é um dos principais nomes do Novo Direito Administrativo.

³²⁷ DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Op. Cit.* Pag.486/487.

cooperação³²⁸, instrumentos financeiros e a contratualização dos atos administrativos, etc³²⁹.

De acordo com a teoria de Eberhard Schmidt-Assmann as novas formas de atuação da administração estão fundamentadas sobre tudo no novo ordenamento jurídico-público da informação, e também pela interação entre o Direito Público e o Direito Privado, de forma que essas novas formas de atuação exigem do Direito Administrativo por um lado a facilitação das ações administrativas, por outro lado uma limitação das mesmas³³⁰.

As transformações gerais que se produziram pela crescente necessidade de informação e atividades informativas nas relações de comunicação entre a sociedade e a administração e entre os órgãos administrativos, não só transformaram o estilo e o próprio entendimento da Administração, como também criaram novas formas de resolução de assuntos, reestruturaram as relações de cooperação e hierarquia na esfera interna da Administração, utilizando a opinião pública bem informada como meio de controle da Administração, implicando necessariamente em uma alteração no equilíbrio dos sistemas tradicionais de controle.

Com relação ao hiato Direito Público e Direito Privado, a doutrina germânica assevera que o Direito Privado atua como direito geral do tráfico econômico e proporciona à Administração Pública a capacidade de conexão de suas ações com o mercado e a atividade de seus interlocutores privados, oferecendo ainda uma sistematização para novas atividades, basta que se

³²⁸ SILVA, Vasco Pereira. *Em busca do acto administrativo perdido*. Almedina. Coimbra. 1996. Pag.187.

³²⁹ O Direito Administrativo do século XXI, vivencia um momento de superação do método jurídico de Otto Mayer, cuja perspectiva é centrada no ato administrativo, atos de proibição, imposição, autorização, geradores de uma relação jurídica bipolar, sujeitos ao princípio da legalidade, da reserva da lei e da determinação da proporcionalidade, no qual tais métodos vêm sendo atualizados, sem que com isso tenha se dado um diagnóstico de perda dos referidos institutos, mas sim de uma convivência entre *as novas e velhas formas de atuação*.

Dra. Suzana Tavares em sua obra *Um Novo Direito Administrativo?* Enumera ainda, alguns fatores internos que foram responsáveis pelas novas formas de atuação da Administração Pública, como a autonomização de novos ramos do Direito Administrativo, com instrumentos jurídicos-administrativos próprios, como por exemplo Direito Administrativo do Risco, Direito Administrativo da Regulação, Direito Administrativo Privado, Direito Administrativo *e-government*. Assim como a empresarialização da Administração Pública, a Privatização da relação jurídica de empregis públicos, o Reconhecimento mútuo de poderes no âmbito da Administração judiciária.

³³⁰ ASSMANN, Eberhard Schmidt. *La teoria general de Derecho Administrativo como sistema*. Pag. 288.

manifeste a necessidade de uma regulação jurídico-pública autônoma através de uma intensa prática administrativa. Sendo válido para as atividades administrativas que vão além do âmbito estatal, cada vez mais presentes no seio da vida cotidiana da administração. Em suma, a Administração pode, quando atua em situações entre o âmbito público e privado, valer-se mais para o Direito Privado, desde que tenha-se em conta que esta aplicação do Direito Privado requer uma fundamentação específica, e por outro lado, tenha um alcance limitado³³¹.

Assim, a questão levantada é a de saber se as formas de atuação da administração, em sua concepção tradicional, bastante estáticas, são suficientemente elásticas para englobar as novas formas de intervenção da administração e as novas formas de comunicação entre Administração e os particulares. Sendo os grandes desafios da *cooperação* e da *informalidade*.

Entre as novas formas de atuação da Administração Pública, está a contratualização das formas de atuação da Administração Pública³³², seja através da implementação de políticas públicas através de contratos, sobrepondo-se a lei e o regulamento, típicos do direito administrativo tradicional, permitindo assim um controle exato dos resultados principalmente no tocante aos gastos públicos. O contrato também passou a ser utilizado pela Administração Pública como instrumento de ligação entre Administração e Sociedade almejando a repartição de responsabilidades nas áreas sócias.

Assistimos também o contratualização dos incentivos, além do contrato como substituto da regulação administrativa, na qual se permuta os institutos típicos da regulação por celebração de contratos, muito comum nos setores elétricos, abastecimento de água, no qual o objetivo central é a redução dos custos de transação³³³. Ainda podemos citar os contratos enquanto substitutos

³³¹ ASSMANN, Eberhard Schmidt *Op. Cit.* Pag. 299 e ss.

³³² A contratualização das formas de atuação da Administração Pública tem grande influência devido a absorção das normas do direito comunitário europeu, bem como da captação do instituto jurídico do *commom law* e do *public law*.

Em Portugal um exemplo da contratualização da Administração Pública foi a promulgação do Código dos Contratos Públicos, em que se transpôs ao ordenamento nacional as Diretivas 2004/17CE e 2004/18/CE, estabelecendo uma nova relação de cooperação entre Administração e particulares na prossecução dos interesses públicos e nos domínios privatizados.

³³³ TAVARES, Suzana. *Um Novo Direito Administrativo?* Pag. 67.

da resolução jurisdicional de litígios e o contrato como substituto de sanções, ambos por influência da europeização, tendo forte ligação com a questão ambiental, seja através dos contratos de mediação ambiental, seja pelos contratos de adaptação ambiental.

As manifestações do Novo Direito Administrativo também são latentes quanto às formas de controle da atividade administrativa, com relação às novas formas de auto-controle, como *controlling*³³⁴ e a *avaliação*³³⁵. Além das formas de auto-controle, a Administração passou a exercer o controle como processo de aprendizagem, com novas ações administrativas, tais como a *monitorização*³³⁶, *dever de avaliação*³³⁷ e a *revisão*³³⁸. Os instrumentos de controle são principalmente utilizados como instrumentos do direito ambiental, contudo, assistimos hoje a sua disseminação por outros ramos.

Outra manifestação do Novo Direito Administrativo quanto à forma de atuação da Administração diz respeito a flexibilização do ato administrativo através dos *falsos atos administrativos*, como exemplo desses *falsos atos* estão as licenças de emissão de gases do efeito estufa, que não podem ser consideradas atos autorizativos, uma vez que após sua atribuição à determinada empresa, a licença incorpora o patrimônio da empresa, se revestindo do caráter de patrimonial possuindo valor econômico conforme o mercado, e sendo ainda transmissível conforme conveniência de seu proprietário. Outro *falso ato administrativo* são as autorizações para a acesso a mercados especiais, típicas do regime de cooperação na implementação das políticas públicas, através do incentivo aos particulares de uma atividade econômica *inventada* pela Administração como instrumento de promoção e

³³⁴ O *controlling* pode ser conceituado como a forma de avaliar se os objetivos estratégicos almejados pela Administração Pública com determinada medida, está ou não sendo cumprido, podendo ser um *controlling* estratégico ou um *controlling* operacional.

³³⁵ A *avaliação* consiste em controle de resultados, como por exemplo para avaliar os resultados qualitativos do serviço público, ou para avaliar os resultados de planos e programas governamentais, a fim de identificar se o plano ou programa está atingindo de maneira satisfatória seu objetivo.

³³⁶ A *monitorização* pode ser entendida como a forma de controle periódico de acompanhamento de resultados, que na maioria das vezes embora custeado pela Administração é realizado por entidades acreditadas.

³³⁷ O *dever de avaliação* é quando a Administração por meio de auditorias verifica os resultados de controle fornecidos pelos privados.

³³⁸ A *revisão* é instrumento característicos dos planos e normas que implementam novas políticas.

implementação de políticas, por mecanismos de incentivos financeiros e administrativos através da adesão ao mercado³³⁹.

Ainda em relação ao ato administrativo, como influência do Novo Direito Administrativo as funções do ato administrativos foram reconduzias, sendo que hoje o ato administrativo também assume a função de interligar o direito administrativo à outros ramos, como por exemplo as licenças, que fazem a ponte entre o direito administrativo e o direito financeiro, uma vez que as licenças são instrumentos de financiamento público, através da regulação do uso de bens naturais, como por exemplo as licenças de emissão de gases com efeito estufa.

Outra característica trazida pelas alterações no seio do direito administrativo foi o resgate de plano administrativo, figura que por muito tempo tinha perdido sua atualidade, reaparece novamente como forma de atuação do Estado incentivador e garantidor, renascendo como um instrumento conglomerador dos interesses convergentes e divergentes, fornecendo um quadro de implementação de medidas estratégicas, indo assim de encontro com a tradicional forma de exteriorização de orientações públicas pré-definidas, de forma que a atividade planeadora da administração não está limitada a executar um regime legislativo previamente estabelecido, mas sim eleger *ex novo* um esquema, através de medidas que visem a satisfação dos interesses e direitos legítimos³⁴⁰.

Um ponto muito delicado relacionado as novas formas de atuação da Administração Pública são as *atuações informais*, que para muitos podem ser entendidas como verdadeira afronta ao princípio da legalidade, tais atuações correspondem as práticas e atividades da Administração que não podem ser reconduzidas as categorias legais de atuações administrativas, a origem dessa informalidade na atuação administrativa é baseada nas novas exigências

³³⁹ TAVARES, Suzana. *Um novo Direito Administrativo?* Pag. 73/79.

Como exemplo de autorizações para acessos aos mercados especiais temos os Certificados Brancos, conforme será melhor detalhado a seguir.

³⁴⁰ TAVARES, Suzana. *Um Novo Direito Administrativo?* Pag. 86/87.

Conforme salientamos no capítulo 1º do presente trabalho a Administração Pública ao fazer uso do plano para instituir as Políticas Públicas, deve ter em conta a ponderação dos procedimentos e meios, assim como do resultado, sempre garantindo a *accountability*.

postas ao direito administrativo, no qual as estruturas clássicas não conseguem satisfazer³⁴¹. As *atuações informais* são um conjunto de compromissos não vinculativos, porém com reconhecimento de juridicidade tendo em vista os princípios materiais reguladores da relação jurídico-administrativa, mesmo diante da ausência do abrigo do princípio da legalidade³⁴².

As *atuações informais* podem ser divididas em atuações informais unilaterais, como por exemplo as advertências e avisos das entidades públicas, e ainda que não possuam caráter vinculativo, podem gerar o dever de indenizar em casos de prejuízos fruto do investimento de confiança do destinatário do aviso ou das advertências. A outra forma de *atuação informal* são os acordos informais, que mesmo não podendo ser tipificados, uma vez que abarcam um grande número de possibilidades, podem ser identificados como contatos entre a Administração e os privados, com vistas a estabelecer compromissos, ou base de concentração para novos projetos ou reformas. Os acordos informais podem ser preparatórios ou até substitutos dos atos administrativos, das normas regulamentares, dos contratos, no qual vislumbramos a característica central, qual seja a falta de vinculatividade, se operando muitas vezes através da oralidade ou por troca de correspondências³⁴³.

Com relação ao procedimento administrativo no atual quadro do direito administrativo, duas situações devem ser ponderadas, a primeira diz respeito a modificação do procedimento com a inclusão dos contributos do *e-government* em todas as fases do procedimento, seja na divulgação de informação em plataformas eletrônicas, consultas públicas em *websites* dos órgãos da Administração Pública, registro e apresentação de reclamações, queixas, através de meios eletrônicos. Outro ponto de modificação procedimental é atribuído à inclusão de princípios ambientais, tais como princípio da prevenção e precaução, que acabaram por tornarem mais complexos os procedimentos de licenciamento de atividades econômicas, com a inclusão da avaliação ambiental estratégica, avaliação de impacto ambiental, licença ambiental,

³⁴¹ TAVARES, Suzana. *Actuações Urbanísticas Informais e “Medidas de Diversão” em Matéria de Urbanismo*. In Revista CEDOUA. Ano III, 2000. Pag. 55.

³⁴² TAVARES, Suzana. *Um Novo Direito Administrativo?*. Pag. 89.

³⁴³ TAVARES, Suzana. *Op. Cit.* Pag. 90.

licença de emissão, vislumbrando conferir submissão às normas e princípios ambientais.

Um último ponto a enfatizar quanto às novidades trazidas na forma de atuar da administração pública pelo Novo Direito Administrativo, diz respeito à influência das demais áreas da ciência nas tomadas de decisão da administração, isso quer dizer que hoje temos a discricionariedade administrativa reduzida em razão da discricionariedade técnica, a medida em que o direito administrativo construiu verdadeiras passarelas jurídicas entre o direito e as demais ciências, fortalecendo o papel do conhecimento, dos técnicos, peritos, atrelando as decisões administrativas à critérios técnicos, postos à disposição da administração, seja por entidades internacionais, especializadas e multi-participadas, aumentando-se o controle e reduzindo-se o espaço da livre apreciação da administração, o que ajuda de certa forma a neutralizar os riscos trazidos pela ilegitimidade associado às novas formas de atuação.

4.4. OS NOVOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS-ADMINISTRATIVOS NA TUTELA DO DIREITO DO AMBIENTE

As alterações no Direito Administrativo, em especial na forma de atuação da Administração Pública aparece com especial clareza no Direito Ambiental, que devido às dificuldades encontradas na execução das novas normas e princípios ambientais através das formas tradicionais de instrumentos jurídico-administrativos³⁴⁴, a crise do modelo clássico de ordenação, de imposição de comando e controle e a sua substituição ou pelo menos um complemento por novas estratégias, regulações menos impositivas, mais cooperação e participação entre a administração e a sociedade, em especial através da utilização de instrumentos econômicos de mercado e a estratégia de gestão do risco, são marcas evidentes dentro do direito administrativo ambiental da atualidade³⁴⁵ faz com que esse ramo do direito se utilize cada vez mais de novos instrumentos, valendo-se da cooperação e participação de todos

³⁴⁴ ASSMANN, Eberhard Schmidt. *La teoria general del Derecho Administrativo como sistema*. Pag. 368

³⁴⁵ DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Op. Cit.* Pag. 416.

os interessados, através da informação e da tendência de privatização do procedimento administrativo.

De acordo com a eminente professora Alexandra Aragão³⁴⁶ a evolução do Direito do Ambiente nas últimas três décadas tem sido vertiginosa, uma vez que tutela ambiental em sua aurora era reduzidas, de carácter reativa e efetuava-se através do recurso de instrumentos clássicos, sobretudo de natureza sancionatória, cujos efeitos preventivos eram muito limitados. Tendo sido pouco a pouco introduzidos instrumentos jurídicos próprios, de cunho cada vez mais preventivo, mais adaptado a concepção holística do objeto de proteção do direito do ambiente, através de uma proteção ambiental mais vasta, económica e socialmente contextualizada, pelo meio do desenvolvimento sustentável.

O Direito Ambiental hoje atua como catalizador das necessidades de reformas da doutrina tradicional do Direito Administrativo, sendo principal laboratório experimental das novas atuações administrativas, impulsionando a reforma e atualização dos institutos e instrumentos tradicionais do direito administrativo. As novas formas de atuação administrativas em matéria ambiental exalam uma atribuição de grande protagonismo a comunidade regulada, contudo a Administração ainda se faz presente, ainda que forma moderada, atuando no controle, vigilância, receptando e compilando dados e informações, incentivando, garantindo a prevenção dos danos ambientais de forma mais flexível e célere do que as velhas conhecidas formas do direito administrativo³⁴⁷.

Os novos instrumentos jurídicos utilizados na promoção da tutela ambiental refletem a renovação do direito administrativo, seja pela privatização

³⁴⁶ ARAGÃO, Alexandra. *Instrumentos científicos e instrumentos jurídicos: perspectiva de convergência rumo à sustentabilidade no Direito Comunitário do Ambiente*. In Revista jurídica do urbanismo e do Ambiente. Nº20 12/2003.

³⁴⁷ De acordo com José Eduardo Figueiredo Dias *os instrumentos ou técnicas específicas de tutela ambiental é cada vez mais um mundo privatizado, de auto-regulação, de soft-law, que apela e estimula interesses próprios na tutela ambiental, de uma Administração de cooperação, que incentiva, apoia, estimula e informa, a qual é apenas um sujeito entre vários que partilham o poder, exercido mais em termos de governação do que de governo, de forma que intervenção administrativa não deixa de estar presente seja quanto à intervenção a posteriori na recolha, tratamento e revelação de dados, de vigilância, inspeção, fiscalização, e controlo ou mesmo de sancionamento e exercício de responsabilidades de reservas para garantir o interesse público em jogo não são posto em causa.*

e diminuição da atuação direta do Estado, seja pela crescente importancia de atuação do mercado, da divisão de partilha entre públicos e privados, na importancia do papel da informação, amior atenção á questão custo-benefício, informatização da atuação administrativa, atenção ao princípio da eficiência e flexibilidade da atuação administrativas, pondo ainda em cheque a questão as atuações autoritárias e os instrumentos clássicos do direito de ordenação.

Uma modificação de cunho filosófico que trouxe um grande impulso as alterações quanto aos instrumentos utilizados pelo Direito do Ambiente diz respeito a compreensão da dimensão financeira e econômica da proteção ambiental³⁴⁸ e a clarificação dessa tendência no ordenamento jurídico interno. Uma das principais manifestações dessa modificação de cunho filosófico é representada pela atribuição a um valor ao direito de poluir, titulado numa licença, no qual o fato do valor pago pela licença ser elevado conduz a empresa envistir em tecnologias não poluentes, podendo após transacionar as licenças em um mercado estabelecido com este fim³⁴⁹.

As tendências inovadoras trazidas pela nova realidade do Direito Administrativo fizeram com que em especial os tradicionais instrumentos do direito administrativo (autorizações, os standards, sanções pecuniárias e sistemas de responsabilidades) fossem substituídos ou complementados pelos instrumentos econômicos, que possuem uma face universal e assente em esquemas de cooperação, na colaboração, participação, concentração e partilha de informação e a não imposição unilateral pelo Estado, consagrando os ideais de flexibilidade, inovação e maior atenção aos custos da proteção

³⁴⁸ Desde a declaração do Rio de Janeiro de 1992, já se preconizava a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, conforme princípio 16, hoje na União Europeia, assistimos um movimento de reforço a economia verde, através de investimentos na gestão sustentável dos principais recursos e do capital natural, designadamente aliando instrumentos regulamentares e de mercado para proteção da biodiversidade e dos serviços ecossistêmicos. A valoração econômica pode ser utilizada para auxiliar a ponderação conducente à decisão de autorização ou não de atividades suscetíveis a degradar o meio ambiente ou então servir de base para criação de *mercados virtuais*. Em suma, valorar e remunerar os serviços ecossistêmicos, além de uma forma eficaz de promover a sustentabilidade, corresponde também a uma exigência de justiça, sendo atualmente um dever do Estado de Direito Ambiental. (ARAGÃO, Alexandra. *A natureza não tem preço ... mas devia*. In Estudos em homenagem ao professor Jorge Miranda. Coord Marcelo Rebelo de Souza. Editora Coimbra. 2012, Vol. IV. Pag. 11.42.)

³⁴⁹ DIAS, José Eduardo Figueiredo. *A reinvenção da autorização administrativa no novo modelo do direito do ambiente*. Pag. 576.

ambiental³⁵⁰ se revelando mais eficazes e eficientes, tais como os créditos de água, créditos de biodiversidade, créditos de carbono, fundos ecológicos, certificados verdes, certificados brancos entre outros³⁵¹.

Uma vez que dentro de uma aceção mais radical os instrumentos de *command-and-control* não deixam margem para qualquer ponderação de fatores económicos, além de demonstrar desconfiança quanto aos preceitos da discricionariedade administrativa, levando a cabo uma intensa regulação de leis densas e prescritivas³⁵², situação que não mais condiz com as novas formas de atuação da administração pública. A adoção pela Administração dos princípios do *new public management* fez com que a atenção ao custo-benefício ultrapassasse as fronteiras da economia e sendo incorporadas a outros ramos, como o da política e do direito, ocupando hoje lugar de destaque dentro do direito ambiental³⁵³. Diante de uma análise económica do direito, propõem-se que através da análise do custo-benefício, a regulação e ou a política a ser adotada deve ser aquela que gera maiores benefícios e menores custos³⁵⁴.

Desta feita, o Direito Administrativo Ambiental tem privilegiado cada vez mais os instrumentos económicos ou de mercado³⁵⁵, tais como a tributação indireta, as subvenções específicas ou os sistemas de licenças negociáveis,

³⁵⁰ Dias, José Eduardo Figueiredo. *Que estratégia para o Direito Ambiental Norte-Americano do Século XXI: o “cacete” o a “cenoura”?*. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Nº77. 2001. Pag. 292.

³⁵¹ Silva, Suzana Tavares Da. *Op. Cit.* 2012. Pag.4.

³⁵² Dias, José Eduardo Figueiredo. *Op. Cit.* Pag. 298 e ss.

³⁵³ Os problemas ambientais, sob uma visão económica, são considerados como falhas de mercado e a tarefa do direito consiste, por consequente, em corrigir essas falhas. Em resumo, os governos não deveriam regular um problema ambiental se o custo da regulação excede os benefícios que possam trazer para a sociedade.

³⁵⁴ Quanto a análise de custo-benefício, esta representa uma realidade inevitável, a saber, que os indivíduos e a sociedade de um modo geral estão dispostos a assumir um determinado custo e um determinado risco em troca de determinados benefícios.

³⁵⁵ De acordo com Dr. José Eduardo Figueiredo Dias em *A reinvenção da autorização administrativa no novo modelo do direito do ambiente*, os instrumentos económicos possuem um sentido mais lato que os instrumentos de mercado, sendo os primeiros compreendidos como por instrumentos financeiros com destaque para os fiscais (taxas e impostos ecológicos) e toda gama de subsídio e encargos, sendo este o sentido proposto pela OCDE na qual define instrumentos económicos como os que afetam os custos e benefícios de opções alternativas abertas aos agentes económicos, com o efeito de influenciar o comportamento num sentido favorável ao ambiente. Ao passo que os instrumentos de mercados abrangem todas as medidas orientadas para transposição dos custos económicos da prevenção e combate à poluição e da resposta aos danos ambientais para o próprio mercado, caracterizando-se em sistemas de controle de poluição baseados na imposição de um encargo em dinheiro sobre a emissão de uma quantidade de um dado poluente numa dada unidade de tempo. (Pag. 579)

para atingir os objetivos políticos ambientais, uma vez que estes instrumentos acabam por proporcionar um meio mais flexível e eficaz em termos de custos para atingir o objetivo político³⁵⁶.

Têm-se justificado a utilização deste tipo de instrumento de mercado pelo fato de ser possível corrigir as deficiências de mercado de uma forma eficaz em termos de custo. As deficiências de mercado podem ser definidas como situações em que o mercado ignora o custo *real* ou *social* da atividade econômica ou não tem sequer a devida consideração. Por esta razão, justifica-se a intervenção pelo poder público visando corrigir esta deficiência e, contrariamente às abordagens regulamentares e administrativas do *command-and-control*, os instrumentos de mercado têm a vantagem de se valerem dos sinais de mercado para colmatar a deficiência do mesmo³⁵⁷.

Os instrumentos de mercado reconhecem que os agentes econômicos se diferem uns dos outros, permitindo desta forma uma maior flexibilidade capaz de reduzir substancialmente os custos dos progressos ambientais. Todavia, deve-se ressaltar que este tipo de instrumento não pode ser tido como *a cura para todos os males*, necessitando de um quadro regulamentar claro para o seu funcionamento e sendo frequente a necessidade de combinação de políticas com outros instrumentos, fruto das manifestações do Novo Direito Administrativo, na qual uma das características de atuação reside na recombinação de formas típicas.

Os instrumentos de mercado, quando bem aplicados, possuem as seguintes vantagens: 1) proporcionam a indústria maior flexibilidade na realização dos objetivos, e como consequência menores custos globais de cumprimento; 2) a longo prazo, acabam por incentivar os agentes econômicos na procura de inovações tecnológicas de modo a reduzir ainda mais os impactos negativos no ambiente; 3) valorizam os benefícios e custos externos das atividades econômicas, de forma que os agentes tomem em consideração e alterem seu comportamento, visando uma maior redução dos impactos

³⁵⁶ COM (2007) 140 Final. *Livro Verde sobre instrumentos de mercado para fins de política ambiental e políticas conexas*. Comissão das Comunidades Europeias. Bruxelas. 2007. Pag. 2.

³⁵⁷ COM (2007) 140 Final. *Livro Verde sobre instrumentos de mercado para fins de política ambiental e políticas conexas*. Comissão das Comunidades Europeias. Bruxelas. 2007. Pag 3

ambientais negativos e 4) favorecem o emprego quando utilizados no contexto fiscal e orçamental em favor do ambiente³⁵⁸.

Ao lado dos instrumentos econômicos e de mercados, ainda que com menor expressividade se revelam também novas formas de atuação da administração na tutela dos direitos ambientais, tais como estratégias de auto-organização e funcionamento das empresas e instalações poluidoras, instrumentos de informação.

4.5 OS CERTIFICADOS BRANCOS ENQUANTO INSTRUMENTO-JURÍDICO ADMINISTRATIVO

Por derradeiro, chegamos a parte final e principal de nosso trabalho, a fim de enquadrar o sistema dos Certificados Brancos nas novas formas de atuação da Administração Pública, evidenciando os pontos de conexão com o Novo Direito Administrativo.

Conforme esposado acima o Direito Administrativo Ambiental tem se utilizado principalmente de instrumentos econômicos e de mercado, neste diapasão inserimos o sistema de Certificados Brancos, que seguindo essa nova tendência ambiental e conforme dito outrora, constitui-se um instrumento de mercado, representados por certificados emitidos por entidade independente, devidamente acreditada, elegendo os agentes de mercado, as medidas e objetivos de poupanças energéticas, como a consequência das medidas preconizadas de eficiência. Sendo que após a certificação da poupança energética, oriundas de medidas de eficiência energética implementadas para esse fim, por um determinado período de tempo, o certificado se reveste de instrumento mercadológico, podendo ser transacionado no mercado, previamente criado para este fim, estimulando a participação de agentes no mercado.

Logo, sob o pretexto da eficiência, através de uma lógica de custo-benefício, é criado um mercado de Certificados negociáveis, incentivando o investimento em eficiência energética, a redução no consumo de energia, bem

³⁵⁸ COM (2007) 140 Final. *Livro Verde sobre instrumentos de mercado para fins de política ambiental e políticas conexas*. Comissão das Comunidades Europeias. Bruxelas. 2007. Pag 3.

como o incentivo novas tecnologias. Apesar desse sistema ter como ponto delicado os custos de transação, ou o fato de que de as condições mercadológicas do sistema é quem decide o valor atribuído aos certificados, o mesmo possui como vantagem fomento à novas tecnologias em eficiência energética, além da redução de custos aos agentes econômicos, se comparados por exemplo com a implantação de instrumentos tributários.

A ideia central do sistema de Certificados Brancos foi a de procurar de forma mais eficiente estimular a eficiência energética e consequente tutela ambiental, através de de uma maior *performance ambiental*, ou seja, obter a proteção ambiental e fomento da eficiência energética a baixo custo, uma vez que o presente sistema conduz a um aumento da eficiência energética.

Um dos primeiros sinais de ajustamento do sistema às novas características trazidas pelo Novo Direito Administrativo é o fato de que o papel das autoridades administrativas que intervem no sistema é reduzido, no qual o principal papel seria o da manter o resgistrado no banco de dados, para além do controle dos agentes econômicos detentores dos certificados e do cumprimento dos limites mínimos estabelecidos para o cumprimento das metas estabelecidas, sancionando os agentes que não conseguissem atingir a meta e que porventura não tenham comprado certificados no mercado para compensar o não atingimento da meta. Como se depreende da função primordial das autoridades administrativas, observamos o *novo paradigma da intervenção ou desintervenção estatal*, no qual o Estado recorre a um leque cada vez mais diversificado de modelos e formas de atuação, nomeadamente os de mercado, no qual o Estado para cumprir sua função de preservação do ambiente e consequente redução do consumo de energia, se utiliza de instrumentos economicamente mais eficientes, abandonando a postura intervencionista típica dos instrumentos de comando e controle.

O sistema de Certificados Brancos transacionáveis se encaixa perfeitamente no novo perfil de atuação da Administração Pública, uma vez que após a instituição do mercado de certificados, a conduta da Administração passa a ser pouco intervencionista, perdendo seu poder de disposição ao deixar de determinar a forma de como deve ser feito a redução do consumo e

energia através de técnicas de eficiência energética, abdicando de suas funções em prol do mercado, principal ator no referido sistema, evidenciamos assim, o protagonismo do mercado assumido nas novas relações da Administração com o a sociedade.

Ou seja o que se verifica no sistema de Certificados Brancos é a perda *lato sensu* ao nível de regulação ambiental do Estado, pelo quanto às formas de cumprimento das medidas voltadas ao fomento da eficiência energética, deixando de ter ainda o controle sobre a distribuição dos resultados de eficiência energética partilhados entre os agentes do sistema, uma vez que confiando na racionalidade própria do mercado enquanto instrumento de realização de objetivos, não só econômicos, mas também de cunho ambiental, deve a Administração Pública permitir o livre funcionamento do mercado, segundo suas próprias regras, sem ingerência ou perturbações externas. Pois o sistema poderia perder o sentido, caso o Estado pudesse ainda interferir nas transações, envolvendo-se no dia a dia do comércio dos certificados, limitando e condicionando a atuação dos agentes envolvidos³⁵⁹.

Revelando-se uma alteração estrutural muito relevante e que se coaduna totalmente com os preceitos invocados pela nova doutrina administrativista, uma vez que se atribui aos próprios agentes do mercado a responsabilidade pela articulação, dos distintos valores em jogo, uma vez que estando em causa a iniciativa econômica privada de um lado e de outro a proteção do ambiente, acaba por ser os agentes participantes os responsáveis por estabelecer o ponto de equilíbrio, de forma que a tarefa de acomodação e harmonização é transferida do Estado aos particulares. Além disso são os próprios particulares quem define a forma de cumprimento da obrigação imposta pelo Estado, se será feita através da adoção de medidas elegíveis de eficiência energética, ou se através da aquisição de certificados, reduzindo o papel do Estado, limitando-se a garantir o regular e saudável funcionamento³⁶⁰.

Todavia, a base administrativa não esta restrita à estruturação do mercado, mas sim também no que se refere ao funcionamento do mercado de

³⁵⁹ ANTUNES, Tiago. *Comercio de Emissões Poluentes à luz da Constituição da República Portuguesa*. Ed. AAFDL. 2006. Pag. 202.

³⁶⁰ ANTUNES, Tiago. *Op. Cit.* 2006. Pag. 203

certificados, também exige um acompanhamento, supervisão, fiscalização, controle, garantia de cumprimento e medidas sancionatórias, assegurando a lisura do sistema. Sendo que a fiscalização e o cumprimento das normas estabelecidas pelo sistema são de interesse dos próprios participantes, sendo imprescindível, para evitar distorções na concorrência, bem como, nos fins ambientais almejados, garantindo que o sistema atinga a finalidade das metas de caráter ambiental, que no caso consiste na redução do consumo de energia, nomeadamente de combustíveis de origem fóssil, através da implementação de medidas de eficiência energética. Razão pela qual, para o funcionamento leal do sistema é necessário uma constante monitorização dos registos e emissões, partilha de informação, auditorias e etc.

Como sustentado por Suzana Tavares uma das manifestações do Novo Direito Administrativo consiste na atuação atípica resultante da recombinação de formas típicas, ou seja no *mix* de formas tradicionais à outras formas inovadoras do Novo Direito Administrativo, como por exemplo a utilização de instrumentos administrativos com finalidades financeiras³⁶¹. O *mix* de formas de atuação também pode ser facilmente verificado no sistema de Certificados Brancos, através da conjugação de instrumentos administrativos, através da fixação de patamar mínimo obrigatório de redução de consumo de energia oriunda da aplicação de técnicas de eficiência energética com instrumentos económicos, fazendo com que o comércio de certificados, seja ao mesmo tempo um instrumento administrativo e instrumento de mercado, utilizado no combate a redução do consumo de energia pelo viés da eficiência energética.

Se *a priori* o sistema se assemelha aos antigos modelos de comando e controle ao impor um patamar mínimo aos agentes económicos de obrigação de eficiência energética, o sistema logo se degenera de tal característica a medida em que dos certificados emana o direito de propriedade, expressão económica e a possibilidade de transacionar no mercado, recorrendo-se então o lado económico para garantir o resultado, sistema que se coaduna com as novas características do Estado Incentivador. Tal qual como defendido por

³⁶¹ TAVARES, Suzana. *Um Novo Direito Administrativo?*. Pag. 90.

Alexandra Aragão com relação as licenças de emissões³⁶², os certificados brancos transacionáveis também pode ser considerada uma terceira categoria intermediária, na qual pretende reunir aos ganhos de ambos os instrumentos, ou seja dos instrumentos normativos e instrumentos econômicos.

O sistema de Certificados, para além da necessidade incentivadora do Estado no que tange a sua instituição e estímulo, também necessita de uma infra-estrutura operacional, assente no tradicional modelo de direito administrativo ordenação, ou em uma estrutura de comando e controle

Podemos inclusive defender a tese de que o sistema de Certificados Brancos em muito se assemelha com os programas de *cap and trade*³⁶³, uma vez que o primeiro passo do sistema consiste no estabelecimento de metas pelo Estado, ou seja na imposição de uma obrigação aos agentes econômicos quanto ao patamar mínimo de redução de consumo de energia através da implementação de técnicas de eficiência energética, ou seja, o *cap* do programa apesar de não ser um teto máximo e sim um teto mínimo de obrigação de eficiência energética é definido de forma autoritária pela administração pública, de acordo com suas estratégias e políticas públicas e o *trade* se revela pela flexibilidade soa agentes econômicos participantes do sistema, evidenciando o protagonismo do mercado na transação dos certificados e na maior autonomia dos participantes quanto às várias de métodos a serem escolhidos, além dos critérios de eficiência econômica e atenção a racionalidade e custos-benefícios³⁶⁴.

Logo podemos afirmar, que o sistema de Certificados Brancos procura reunir o melhor de dois mundos, uma vez que conjuntamente goza de instrumentos de mercado como um *tertium genus* entre os instrumentos administrativos e os instrumentos econômicos que visam fomentar a redução

³⁶² ARAGÃO, Alexandra. Princípio do Poluidor Pagador - *Pedra Angular na política comunitária do ambiente*. Coimbra. 1997. Pag. 177.

³⁶³ O termo *cap and trade*, traduzido ao pé da letra seria algo como 'limite e negociação' e é utilizada para conceituar mecanismos de mercado que criam limites para as emissões de gases de um determinado setor ou grupo. Com base nos limites estabelecidos, são lançadas autorizações de emissão e cada participante do esquema determina como cumprirá estes limites, podendo ser transacionadas no mercado.

³⁶⁴ DIAS, José Eduardo Figueiredo. *A reinvenção da autorização administrativa no novo modelo do Direito do Ambiente*. Pag. 802.

do consumo energético, uma vez que mais do instrumento de combate ao consumo energético, o sistema de Certificados Brancos é um instrumento que visa fomentar a eficiência energética do modo economicamente mais vantajoso, mais eficiente e dispendioso possível, acima da preocupação ecológica de combater as alterações climáticas por meio da introdução de eficiência energética, o que realmente justifica a criação desse sistema, é a racionalidade econômica no combate ao consumo de combustíveis fósseis³⁶⁵.

Além do *mix* das formas de atuação, a estruturação do sistema de Certificados Brancos também goza da auto-regulação e auto-controle, uma vez que os participantes do programa, assumem deveres de monitorização, verificação, registro, comunicação de seus resultados à autoridade competente. No que diz respeito ao registro, monitorização, controle e fiscalização, com relação aos operadores do sistema, estes devem garantir o auto-controle, a manutenção dos registos e armazenamento de dados e a sua comunicação à autoridade competente, embuídos da colaboração e partilha, a administração pública nacional assume a obrigação de assegurar o cumprimento das metas estabelecidas, através do registro constante dos certificados emitidos, das transações efetuadas. Coadunando-se a cooperação entre a Administração e os privados, visto que para sucesso do sistema, deve haver uma repartição das funções entre a Administração e os participantes do esquema, se revelando verdadeiros esquemas de cooperação.

Como salientado alhures, uma das novas formas de manifestação do Novo Direito Administrativo reside no domínio de controle, o que é amplamente difundido no sistema de Certificados Brancos, visto que conforme demonstrado no capítulo anterior, seja por meio da monitorização, do dever de avaliação e de revisão, além do auto-controle exercido pelos particulares participantes do sistema.

Outro ponto nerválgico do sistema de Certificados Brancos e as inovações do Direito Administrativo, reside no fato de que a emissão dos certificados se revelam como meios adicionais de financiamento das políticas

³⁶⁵ ANTUNES, Thiago. *Comercio de Emissões de Poluentes à luz da Constituição da República Portuguesa*. Ed. AAFDL. 2006. Pag. 34

públicas de promoção da eficiência energética, a propósito de uma pretensa regulação/moderação de uma atividade econômica *inventada* pela Administração, transpondo assim uma ligação direta entre o direito administrativo e o direito financeiro, reduzindo substancialmente os custos dos progressos ambientais.

O sistema de Certificados Brancos está inserido no movimento da Administração Pública tendente à desmaterialização dos mercados de valores relativos às mercadorias, ou *commodities*, que hoje assume contorno de ativos intangíveis ou incopóreos, ou seja a Administração transforma a poupança energética em *commodities ambientais*, de forma a induzir um verdadeiro mercado do *negawatt*, é a redução do consumo de energia se traduzindo em uma *commoditização*. Nos conduzindo a uma afirmação de que os Certificados Brancos seriam verdadeiros valores mobiliários³⁶⁶, uma vez que salientado a sua natureza de bem de produção não duradouro, obrigatoriamente utilizado no processo produtivo ao qual se atribui a natureza de um bem transacionável, tendo caráter fungível, podendo ser transacionado no mercado, na medida em que os certificados são emitidos em abstrato, não existindo uma vinculação com a fonte geradora do certificado³⁶⁷.

Os falsos atos administrativos também aparecem no sistema ora estudado, uma vez que os certificados não podem ser reconduzidos a limitações e condicionamentos normativos, típicos do direito administrativo de ordenação, uma vez que após imposição da obrigação de eficiência energética e atribuição do certificado a determinado agente participante, os certificados passam a incorporar o respectivo patrimônio, podendo ser transacionado no mercado, constituindo-se em direito de propriedade, de caráter patrimonial, suscetível de valoração econômica, além de aptos a trafegar dentro do mercado financeiro, ou seja, se revestem de da configuração jurídica própria dos regimes de transmissão patrimonial, não estando sujeito a nenhum tipo de

³⁶⁶ Define-se valor mobiliários como *qualquer ação, obrigação ou outro instrumento financeiro ou bem financeiro (que não seja dinheiro) idôneo a ser creditado em conta de valores ou de ser adquirido ou transmitido*, de acordo com a definição do artigo 1º, nº1 alínea A) da Convenção de UNIDROIT sobre valores mobiliários detidos através de um intermediário. Conceito muito similar adotado pela Convenção de Haia em seu artigo 1º, nº1, a).

³⁶⁷ DIAS, Jose Eduardo Figueiredo. *Op. Cit.*

restrição em suas transações, desvinculando-se por completo de sua origem administrativa³⁶⁸

Outro aspecto do sistema de Certificados Brancos que se incorpora aos falsos atos administrativos é a autorização para acesso ao mercado de certificados brancos, almejando a implementação de políticas, ou seja, a autorização concedida pela Administração Pública à entidade gestora da plataforma de negociação dos certificados brancos, para que estas possam promover o mercado, dentro dos objetivos estabelecidos nas políticas públicas de eficiência energética. A sociedade é chamada para auxiliar no cumprimento das metas de eficiência energética, uma vez que o mercado dos certificados brancos, funciona sobre plataformas eletrônicas de negociação, exploradas por uma entidade gestora, a quem cabe fazer o elo entre os agentes detentores de certificados e os agentes interessados na obtenção dos certificados. No qual a Administração acaba por incentivar uma atividade econômica *inventada* como instrumento de promoção e implementação de política pública³⁶⁹.

Destacamos por fim, o caráter de privatização das funções públicas, típicas da nova realidade administrativa, que se faz latente no sistema ora estudado, eis que em vários pontos do sistema encontramos o exercício privado de uma função administrativa, como por exemplo a atividade desempenhada pela entidade independente, devidamente acreditada, para verificação e creditação do sistema, materializada numa atividade de exercício privado, contudo de natureza pública, que se constitui um vetor entre um ato administrativo autorizativo, ou seja, a autorização para concessão de certificados, e a atividade administrativa fiscalizadora e sancionatória, garantindo ainda, a privatização dos custos dessa atividade, ou seja a privatização dos custos com o fomento da eficiência energética.

4.6 NOTAS CONCLUSIVAS

³⁶⁸SILVA, Suzana Tavares. *Op. Cit.*

³⁶⁹ *Idem.*

Os reptos do Direito Ambiental do século XXI trazem consigo novos instrumentos de atuação, como o Sistema de Certificados Brancos, na qual se conjuga os instrumentos típicos do direito administrativo clássico com instrumentos de mercado, com uma maior abordagem econômica e relevância mercadológica. De fato este novo tipo de sistema não se desliga totalmente da necessidade de uma base de comando e controle, principalmente no que diz respeito a estruturação inicial do comércio e commoditização da eficiência energética, uma vez que a *priori* o esquema é montado sobre limitação e condicionamentos normativos, ou seja, na imposição de uma obrigação de eficiência energética aos agentes elegíveis, concebido à semelhança do modelo tradicional do Direito Administrativo, também pelo fato das medidas de eficiência energética já terem sido objeto de regulamentação através das políticas públicas, criando inclusive *standards* e também pelo fato do sistema necessitar de mecanismos de monitorização, vigilância, partilha de informação, controle de cumprimento e imposição de medidas sancionatórias, tudo isso visando garantir o funcionamento do sistema, dentro das expectativas de eficácia.

Em contrapartida, este sistema é dotado de modernidade, flexibilidade, dinamicidade, garantindo ganhos ambientais apoiados em ganhos econômicos aos agentes do sistema, atuando de forma positiva na melhora da *performance* dos participantes do sistema, através das estruturas de mercado, de forma que a conjugação entre instrumentos administrativos e instrumentos de mercado é uma realidade trazida pelas inovações acima apontadas, conduzindo não à substituição das antigas formas, mas sim a uma harmonização entre as formas clássicas de atuação da administração e as novidades, devendo o direito conduzir a uma proteção ambiental mais consistente, porém atendida a eficiência e a questão do custo-benefício, trazida pelos instrumentos econômicos para o seio do Direito Administrativo.

CONCLUSÃO

Com o presente trabalho podemos concluir que os Certificados Brancos enquanto instrumento jurídico de regulação ambiental, uma vez que o mesmo almeja um fomento à implantação das técnicas de eficiência energética em vários setores, dependendo da abrangência de cada sistema, podendo ir desde o setor residencial ao setor industrial, ou seja um instrumento de ampla abrangência, extremamente inovador, que encontra abrigo no Direito do Ambiente e permite contribuir com a alteração do quadro de instrumentos jurídicos postos à disposição deste Direito, dando maior atenção ao custo-benefício e a eficiência, se comparado com os tradicionais instrumentos.

Contudo, além do cariz de regulamentação, o sistema de Certificados Brancos possui um caráter econômico, bastante acentuado, eis que o se verificou foi a existência de um instrumento que permite assegurar uma maior eficiência energética aos setores da sociedade, seja residencial, comercial, industrial, ou da própria Administração Pública, através de menores custos aos envolvidos, diante da sistematização do mercado. Verificamos assim, que o mercado, conduz a uma melhora dos índices de eficiência energética, minimizando assim os impactos econômicos negativos decorrentes da execução das políticas públicas energéticas voltadas aos problemas ambientais, sobretudo a diminuição do consumo de derivados de combustíveis fósseis.

O sistema de Certificados Brancos se coaduna perfeitamente com os novos ares trazidos pelas alterações do Direito Administrativo, na qual assistimos principalmente no que diz respeito aos instrumentos de tutela ambiental, uma atual preferência por instrumentos econômicos e de mercado em face dos tradicionais instrumentos de comando e controle, típicos do Direito Administrativo Tradicional.

Em que pese o mesmo, seguindo essa tendência do Novo Direito Administrativo, ser uma combinação de formas de atuação administrativas, seja pela imposição da obrigação de cumprimento de metas pré-estabelecidas de

eficiência energética, cumuladas com a *commoditização* das poupanças energéticas, ou seja, a transformação das poupanças energéticas em sistemas financeiros, através de um mercado *inventado*, para estimular a adoção de medidas voltadas à eficiência energética.

No qual o mercado assume o controle da situação, como o grande protagonista, reduzindo substancialmente a participação efetiva da Administração, que se restringi a *priori* em determinar as obrigações e regulamentar o funcionamento do mercado, passando depois a exercer tão somente a função de garantir e incentivar o funcionamento do sistema, que em razão de ser um mecanismo com acesso ao mercado, não está imune aos riscos inerentes do mercado, a nova função assumida pela Administração neste sistema que muito se compatibiliza com as novas funções assumidas pelo Estado, conforme salientado ao longo da última parte do nosso trabalho.

De tal forma que concluímos, estarmos diante de um novo instrumento jurídico que visa tutelar o meio ambiente, contudo de forma mais flexível e dinâmica, atenta ao quesito custo-benefício, no qual promove simultaneamente vantagens ambientais e energéticas e vantagens econômicas, seja para a Administração que tem seus custos reduzidos quanto aos investimentos em medidas de eficiência energética, seja com relação aos participantes do sistema, que através do mercado possuem a possibilidade de amortizar e lucrar com a implementação das medidas de eficiência energética.

Estamos diante de um sistema trazido pelos novos ares da administração pública, defendemos que para o mesmo ser eficaz e alcançar s objetivos que lhe foram propostos, o mesmo deve acima de tudo respeitar os princípios inerentes ao Novo Direito Administrativo, tais como a sustentabilidade, a eficiência e a reflexividade.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

Agence De L'environnement ET de La maîtrise de l'énergie (ADEME). *Evaluation of Energy Efficiency in the EU-15: indicators and measures*. Paris, France. 2007.

ANTUNES, Thiago. *Comercio de Emissões de Poluentes à luz da Constituição da República Portuguesa*. Ed. AAFDL. 2006.

ARAGÃO, Maria Alexandra. *O princípio do poluidor pagador. Pedra Angular da política comunitária do ambiente*. Boletim da Faculdade de Direito. STVDIA IVRIDICA, 23. Coimbra Editora.1997.

ARAGÃO, Maria Alexandra. *A PCIP. Alguns Aspectos Jurídicos-Económicos*. In Ver. CEDOUA. N 8. Vol. 2001.

ARAGÃO, Alexandra. *Instrumentos científicos e instrumentos jurídicos: perspectiva de convergência rumo à sustentabilidade no Direito Comunitário do Ambiente*. In Revista jurídica do urbanismo e do Ambiente. Nº20 12/2003

ARAGÃO, Maria Alexandra. *O Direito Constitucional do Ambiente da União Europeia*. In Direito Constitucional Brasileiro. Org. José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite. Ed. Saraiva. 2007.

ARAGÃO, Maria Alexadra. *Recensão da Obra The principle of sustainability: Transforming Law and Governance*. In Revista CEDOUA Ano 11. Vol. 21. 2008

ARAGÃO, Alexandra. *A natureza não tem preço ... mas devia*. In Estudos em homenagem ao professor Jorge Miranda. Coord Marcelo Rebelo de Souza. Editora Coimbra. 2012, Vol. IV. Pag. 11.42.

ASSMANN, Eberhard Schmidt. *La teoria general del derecho administrativo como sistema*. Ed. INAP. 2003.

ASSMANN, Eberhard Schmidt. *Questiones fundamentales sobre la reforma de la teoria general del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos*. In Innovación y reforma en el derecho

administrativo. Editor Javier Barnes. Global Law Press Editorial Derecho Global. 2ª edição. 2012.

BARNES, Javier. *Algunas Respuestas Del Derecho Administrativo Contemporáneo ante las Nuevas Formas de Regulación, Fuentes, Alianzas con El Derecho Privado, Procedimientos de terceira Generación*. In. *Innovación Y reforma en El Derecho Administrativo*. Editor. Javier Barnes. 2ª Edição. Ed. INAP. Sevilla. 2012.

BERTOLDI, P & REZESSY, S. *Tradable Certificates for Energy Efficiency: the Dawn of a New Trend in Energy Policy?* S/D

BERTOLDI , P & REZESSY, S. *Tradable Certificates for Energy Savings (White Certificates)*. Institute for Environment and Sustainability. European Commission. Joint Research Centre. 2006.

BERTOLDI, P & REZESY, S. *Tradable White certificates schemes: fundamental concepts*. Energy Efficiency Journal. 2008.

BERTOLDI, P & REZESSY, S. *Energy Saving Obligations and Tradable White Certificates*. European Commission. 2009.

BERTOLDI, P, REZESSY, S, LANGNISS, O, & VOOGT, M. *White, green & Brown certificates: How to make the most of them?* ECEEE 2005 Summer Study – What Works & Who Delivers?

BIASON, Rita de Cássia (org). *Questões contemporâneas de Políticas Públicas*. Cultura Acadêmica. São Paulo, 2011.

BOSELDMANN, Klaus. *Direitos Humanos, Ambiente e Sustentabilidade*. In. *Revista Cedoua*. Nº 11. 2008.

BUCCI, Maria Paula D. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. Ed. Saraiva. 2002.

CAPOZZA, A., GRATTIERI, W. *Market instruments based on White Certificates: a review of international experiences*.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Jurisdicização da ecologia ou ecologização*. In Revista do Direito, Urbanismo e do Ambiente. Ed. Almedina. Nº4. 1995

CANOTILHO, José Joaquim Gomes . *Constituição Dirigente e vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada*. In. Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Ed. Renovar. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Almedina. Coimbra. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A governance do terceiro capitalismo e a constituição social*. In Boletim da faculdade de Direito. Entre Discursos e Culturas Jurídicas. Nº89. Coord. José Joaquim Gomes Canotilho e Lênio Luiz Streck. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Recensão da Obra *Nachhaltigkeit als Verbundsberggriff*. In Revista CEDOUA. Ano 11. Vol. 21. 2008

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O princípio da sustentabilidade como estruturante do Direito Constitucional*. In. Revista de Estudos Politécnicos. Vol. III. Nº 13. 2010.

CASSESE, Sabino. *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal xix al xxi secolo*. RTDP. Ano 2002, nº1.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1974.

CATARINO, Luís Guilherme. *A reforma da Regulação Financeira na União Europeia: refracção do movimento do Direito Administrativo Global*. Disponível em:

http://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1360862121a_reforma_da_regulacao_financeira_lc_formatado.pdf

CIPRIANO, Tasso Alexandre Richetti Pires. *O conceito econômico-jurídico de desenvolvimento sustentável*. In Temas de Direito do Ambiente. Cadernos de Direito. Nº6. Ed. Almedina. 2011

COM (2007) 140 Final. *Livro Verde sobre instrumentos de mercado para fins de política ambiental e políticas conexas*. Comissão das Comunidades Europeias. Bruxelas. 2007

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas*. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. Ed. Malheiros. São Paulo. 1997.

CRESPO, Maria João. *Qualificação e Valorização do Capital Humano na Administração Pública e disseminação de Boas Práticas – Guia de Identificação de Boas Práticas*. Ed. INA. Oeiras, 2007.

DA COSTA, Diana Cristina Pereira. *Especificações de um Sistema de Certificados Brancos e Estudo do seu Impacto no Plano Nacional para Eficiência Energética*. Pag.26. Disponível em: <http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/59172/1/000137615.pdf>

DERANI, Cristiane. *Direito Econômico Ambiental*. Ed. Max Limonad. 1997.

DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. *A reinvenção da autorização administrativa no nodo modelo do direito do ambiente*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2011.

GARCIA, Maria da Glória. F.P.D.. *O Lugar do Direito na Proteção do Ambiente*. Ed. Almedina. 2007.

GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Governança local, política e direito. Em especial, a ação sobre o ambiente, ordenamento do território e do urbanismo*. In Revista do M.P. nº112. Out/Dez 2007.

GARCIA, Maria da Glória. F.P.D. *O Direito das Políticas Públicas*. Ed. Almedina. 2009

GOMES, Carla Amado. *Dar o duvidoso pelo (in) certo? Reflexões sobre o princípio da Precaução*. In I Jornada Luso Brasileira de Direito do Ambiente. Lisboa. Instituto do Ambiente. 2002.

GONCALVES, Pedro Costa. *Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da “New Public Governance”*. In Governo da Administração Pública.

GOUVEIA, João Pedro Luz. *Certificados Brancos. Análise e contributos para sua aplicação em Portugal*

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. *E-codemocracia. O Estado ambiental articulado em um Estado-Rede e o Direito fundamental de acesso á internet como elemento de proteção procedimental do meio ambiente no cyberspaço*. In. Temas de Direito do Ambiente. Cadernos de Direito. Ed. Almedina Nº 6. 2011.

HERVÉ, Dominique & PÉREZ, Raimundo (coord.). *Derecho Ambiental y Políticas Públicas*. Ed. UDP. Vol. 1. 2011.

LABANCA, N. *Certificados Brancos: conceito e experiências de mercado*. Euro WhiteCert Project. S/D.

LABANCA, N. *The EuroWhiteCert Project and the special case of White certificates*. Implementation and evaluation of energy end-use efficiency policies and energy services in Europe. La Colle sur Loup. France. 2007.

LABANCA, N & REGALINI, E. *Property right in a TWC system*. Annex 1 – Workpackage 5. Euro WhiteCert Project. 2007.

LABANCA, N. & PERRELS, A. *Tradable White Certificates – a promising but tricky policy instrument*. Energy Efficiency Journal. 2008.

LAGO, André Aranha Corrêa. *Estocolmo, Rio, Joanesburgo: o Brasil e a três conferências ambientais das Nações Unidas*. Ed. Thesaurus. 2011.

LANGNISS, O & PRAETORIUS, B. *How much market do market-based instruments create? An analysis for the case of “white” certificates*. German Institute for Economic Research. Diw Berlin. 2004.

LAUBADÈRE, André de, VENEZIA, Jean-Claude & GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. 14. Ed. Paris: LGDJ, 1996.

LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2004.

LESS, E. *European Experience of White Certificates*. World Energy Council. 2007.

MARQUES, Viriato Soromenho. *A Energia da Razão. Como transitar do risco do colapso para uma era de sustentabilidade global?*. In. *A Energia da Razão. Por uma sociedade com menos CO₂*. Lisboa. Gradiva. 2008.

MATEO, Ramón Martín. *Tratado de Derecho Ambiental*. Ed. Trivium. Vol. 1. 1991.

MAYER, Otto. *Droit administratif allemand*. Paris. 1903

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro. Ed. Forense, Volume I.

MedReg. *Effects of the introduction of successful mechanisms to promote Energy Efficiency in non-EU countries*. 2010. Pag.11. Disponível em: www.erse.pt

MOREIRA, Vital. *Os caminhos da privatização da Administração Pública*

MUNDACA, L. *Transaction cost of Tradable White Certificates Schemes: The Energy Efficiency Commitment as case study*. Energy Policy. 35. 2007.

MUNDACA, L & NEIJ, L. *Tradable White Certificates Schemes – What can we learn from early experiences in other countries? A Swedish National report in the Context of the IEA – DSM Task XIV Market Mechanisms for White Certificates Trading*. International Institute for Industrial Environmental Economics. Lund University, Sweden. 2006.

MUNDACA, L & NEJI, L. *Handbook for the design and evaluation of TWC schemes*. Work Package 5. EuroWhiteCert Project. 2007.

MUNDACA, L & NEJI, L. *Policy recommendations for the assessment, implementation and operation of TWC schemes*. Work Package 5. EuroWhiteCert Project. 2007.

NASSÉN, Jonas & HOLMBERG, John. *Quantifying the rebound effects of energy efficiency improvements and energy conserving behaviour in Sweden*. Energy Efficiency. 2009

OIKONOMOU, V & MUNDACA, L. *Tradable White Certificates schemes: what can we learn from tradable Green certificates schemes?*. Energy Efficiency Journal, 2008.

OLIVEIRA, José Marcos Domingos. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2007.

OTERO, Paulo. *Privatizações, Reprivatizações e Transferências de Participações Sociais no Interior do Sector Público*, Coimbra: Coimbra, 1999

Perrels, A., Iostertag, K. & Henderson, G. *Reshaping markets for the benefit of energy saving*. Energy Policy. 34. 2006.

Perrels, Adrian. *Market Imperfections and economic efficiency of White Certificates systems*. In. Energy Efficiency, 2008, 34(2)

PIPERATA, Giuseppe. *La scienza del Diritto Amministrativo e il Diritto Privado*, in *La scienza del Diritto Amministrativo nella seconda metà del XX secolo*. Org. Edoardo Chiti, Luisa Torchia e Aldo Sandulli. Ed. Scientifica. Nápoles. 2008

PRATS I CATALÁ, Joan. *Direito e gerenciamento nas administrações públicas – Notas sobre a crise e renovação dos respectivos paradigmas*. In Revista do Serviço Público. v. 120, nº2, maio/agosto 1996.

RÍOS, Isabel González. *Regimen Jurídico de la eficiencia y el ahorro energético*. In Revista Jurídica de Navarra. Nº 50. Julho-Dezembro de 2010.

RÍOS, Isabel González. *Régimen jurídico-administrativo de las energías renovables y de la eficiencia energética*. Ed. Aranzadi. Outubro de 2011.

RUTHERFOR, J. P., SCHARPF, E. W. & Carrington, C. *Linking consumer energy efficiency with security of supply*. Energy Policy. 35(5). 2007. Pag.

SCHNEIDER, H., BURGERS, J. & DUCOS, V. *Tradable Energy saving certificates: added value and feasibility*. Feasibility of Energy Saving Certificates. Consultants on Energy and the Environment. (CEA). 2005. Delft, Holland

SILVA, João Nuno Calvão da. *Responsabilidade dos reguladores na fixação e controlo das tarifas*. In Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Económicas, v. 4,

SILVA, Rogério Luiz Nery. *Políticas Públicas e Administração Democrática*. In. Sequência. Nº64. 2002.

SILVA, Suzana Tavares. *O sector Elétrico perante o Estado Incentivado, Orientador e Garantidor*. Dissertação com vistas a obtenção do grau de Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

SILVA, Suzana Tavares. *Um Novo Direito Administrativo?* Ed. Universidade de Coimbra. Coimbra. 2010.

SILVA, Suzana Tavares. *O princípio fundamental da eficiência*. In. Revista da Faculdade de Direito do Porto. Ano 7. Nº esp. 2010.

SILVA, Suzana Tavares. *Sustentabilidade energética: entre os direitos subjetivos e a juridicização das políticas públicas*. Artigo apresentado na IV Jornada do Ambiente, Energia e Alterações Climáticas. Aveiro. 28 de novembro de 2012.

SILVA, Suzana Tavares. *Direito da Energia*. Ed. Coimbra. 2012.

SILVA, Vasco Pereira. *Em busca do acto administrativo perdido*. Almedina. Coimbra. 1996.

SORRELL, S., HARRISON, D., RADOV, D., KLEVNAS, P., & FOSS, A. *White Certificates schemes: Economic analysis and interactions with the EU ETS*. Energy Policy, vol. 37. 2009.

SUNSTEIN, Cass R. e HOLMES, Stephen. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo ordenador*. São Paulo. Editora Malheiros. 1993.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. *Incentivos fiscais no Direito Ambiental Brasileiro. Para uma matriz energética limpa. O caso do etanol brasileiro*. Ed. Saraiva. 2ª Edição. 2011

VERONESE, Thábata Biazuz & BASSOLI, Marlene Kempfer. *Controle Estatal das Políticas Públicas Tributárias e Econômicas de Incentivos para a Atividade Empresarial Socioambientalmente Responsável*. In Scientia Iuris. Londrina. V. 15, nº1. 2011.

VOOGT, M & LUTTMER, M, and E. D. Visser. *Review and analysis of national and regional certificates schemes*. Euro WhiteCert Project. Disponível em: <http://www.ewc.polimi.it/index.php>

WEC- *European Experience of White Certificates*, ADEME, maio de 2007. Disponível em: http://www.worldenergy.org/documents/white_certificate.pdf

WEIL, Prosper. *O Direito Administrativo*. Coimbra. Editora Almedina. 1997.