



**CEDIPRE ONLINE | 29**

**INTRODUÇÃO AO *NEGOCIATED RULEMAKING*  
A SUA COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA JURÍDICO PORTUGUÊS  
E QUESTÕES SOBRE A LEGITIMIDADE DOS ADMINISTRADOS  
DE IMPUGNAR O REGULAMENTO CONSENSUAL**

---

**Leong, Hong Cheng**

CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO E REGULAÇÃO  
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
SETEMBRO | 2016

[www.cedipre.fd.uc.pt](http://www.cedipre.fd.uc.pt)

 [/fduc.cedipre](https://www.facebook.com/fduc.cedipre)

**INTRODUÇÃO AO *NEGOCIATED RULEMAKING*  
A SUA COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA JURÍDICO PORTUGUÊS  
E QUESTÕES SOBRE A LEGITIMIDADE DOS ADMINISTRADOS  
DE IMPUGNAR O REGULAMENTO CONSENSUAL**

**Leong, Hong Cheng**



TÍTULO	Introdução ao Negotiated Rulemaking – a sua Compatibilidade com o Sistema Jurídico Português e Questões sobre a Legitimidade dos Administrados de Impugnar o Regulamento Consensual
AUTOR(ES)	Leong, Hong Cheng
IMAGEM DA CAPA	Coimbra Editora
COMPOSIÇÃO GRÁFICA	Ana Paula Silva
EDIÇÃO	CEDIPRE Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 3004-528 COIMBRA   PORTUGAL Tel.: +351 239 836 309 E-mail: cedipre@fd.uc.pt
PARA CITAR ESTE ESTUDO	Introdução ao Negotiated Rulemaking – a sua Compatibilidade com o Sistema Jurídico Português e Questões sobre a Legitimidade dos Administrados de Impugnar o Regulamento Consensual, Publicações CEDIPRE Online - 29, <a href="http://www.cedipre.fd.uc.pt">http://www.cedipre.fd.uc.pt</a> , Coimbra, outubro de 2016
COIMBRA OUTUBRO   2016	

## ÍNDICE

1.	Introdução e delimitação do tema .....	7
2.	A experiência pioneira norte-americana: <i>o negotiated rulemaking</i> .....	12
3.	A compatibilidade do <i>Negotiated Rulemaking</i> com o direito administrativo português .....	20
4.	As posições dos administrados face ao regulamento consensual (o problema da legitimidade na impugnação judicial ou administrativa) .....	33
4.1.	A posição dos participantes.....	35
4.2.	A posição dos interessados-não-participantes.....	42
5.	Considerações finais .....	44
	Anexo .....	45
	Bibliografia .....	51

## **Abreviaturas e siglas**

APA	Administrative Procedure Act
BFD	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
CC	Código Civil
CCP	Código dos Contratos Públicos
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
CJA	Cadernos de Justiça Administrativa
NRA	Negotiated Rulemaking Act

**INTRODUÇÃO AO NEGOCIATED RULEMAKING  
– A SUA COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA  
JURÍDICO PORTUGUÊS E QUESTÕES SOBRE A  
LEGITIMIDADE DOS ADMINISTRADOS DE IM-  
PUGNAR O REGULAMENTO CONSENSUAL**

Leong, Hong Cheng

*Dites à des sujets qu'ils doivent obier à leur prince, parce que la Religion et les loi l'ordonnent, vous trouverez des gens froids. Dites-leur qu'ils doivent lui être fidèles, parce qu'ils le lui ont promis, et vous les verrez s'animer*

MONTESQUIEU, *Mês pensées*

**1. Introdução e delimitação do tema**

Desde o advento do Iluminismo, o “*homo novus*”, saindo do Estado da Natureza, tem constantemente reivindicado uma compreensão antropocêntrica do mundo, libertando da então inquestionável transcendência. Esta mundividência humanista perpassa a integridade da civilização humana, e atinge a essência da compreensão do Direito e do Estado – culminando-se sobremaneira no contratualismo social, o Estado e as suas leis passam a ser entendidos já não como um poder imposto, mas sim como uma autoridade oriunda dos próprios seres humanos que se emergem agora como o verdadeiro dono da soberania dotado da auto-determinação, auto-organização e auto-vinculação. Donde, acentuando nesta ideologia humanista-contratualista, que se consubstancia “[n]uma vinculação das liberdades por afirmação das próprias liber-

*dades*"<sup>1</sup>, "o poder legislativo valerá como autonomia, o poder judicial como audiceia, o poder executivo como autarquia"<sup>2</sup>.

Sem dúvidas, o contratualismo social, na sua concepção clássica que se baseia na realidade de "homens enquanto seres homogêneos", já não se sustenta nos Estados contemporâneos, que são dominados por um pluralismo cultural, ideológico, social, jurídico, etc.. Contudo, com a sua constante revitalização contribuída pela academia<sup>3</sup>, a ideia nuclear do contratualismo – o teorema do consenso social –, na nossa perspectiva, ainda se permanece como a pedra angular do Estado de Direito democrático.

Todavia, mesmo que a essência do consenso social se mantenha intacta na compreensão do Estado contemporâneo, não podemos ignorar que hoje em dia, a sua tónica já não fica polarizada monotonamente na dimensão subjetiva (a estruturação de um governo com base na *vontade* do povo). A temática do consenso social já não pode ser marginalizada para a problemática da organização e funcionamento do poder legislativo – à qual ficaria subordinada a questão da obtenção/ concretização do consenso social através do poder administrativo e do poder judicial [mediante o princípio da legalidade (leis enquanto produtos do consenso social), e especialmente no caso do poder administrativo, mediante a estruturação de uma máquina da Administração Pública centralizada, hierarquizada, burocrático e, ligada e responsável face ao Parlamento<sup>4</sup>]. Atualmente, sobretudo em virtude da crise da dimensão subjetiva da democracia representativa<sup>5</sup> ostentada a partir do fim do século XIX e que permanece até hoje, a civilização humana já começa a reivindicar uma nova forma de alcance do consenso social – a *autarquia* – na e através da Administração Pública.

Em geral, esta reclamação pode ser desdobrada em duas linhas de desenvolvimento paralelas. A primeira (a linha objetivista) consiste-se sobretudo no movimento da racionalização da Administração, que, iniciando-se nos Estados Unidos entre o fim do século XIX e o início do século XX, reclama uma Administração liberta da manipulação partidária e guiada pelos critérios de racionalidade, efetividade e expertise. Donde, o consenso social a concretizar na e através da Administração Pública já não se garante pela sua ligação ao Parlamento, mas sim pelas suas decisões "racionais" capazes de alcançar os interesses comuns dos cidadãos. Destarte, a *autarquia* do poder administrativo deixa de ser forjada apenas via o *input* na estrutura da sua organização e funcionamento; mas também, e sobretudo, fica assegurada *objetivamente* através do seu *output*.

---

<sup>1</sup> Cf. BRONZE, PINTO, *Lições da Introdução ao Direito*, Coimbra, 2010, p.332.

<sup>2</sup> Cf. MELO, BARBOSA DE, "Introdução às formas de concertação social", *BFD*, Coimbra, 1983, ano 59, p.75.

<sup>3</sup> Na literatura contemporânea, o contributo mais marcante será, a nosso ver, a teoria de JOHN RAWLS: *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, 1971.

<sup>4</sup> Sobre isto, consulte, MELO, BARBOSA DE, "Introdução...", *cit.*, p.80 ss..

<sup>5</sup> Sobre esta crise, deixe-nos remeter para o nosso trabalho: "Democracia e legitimidade: o caso das entidades reguladoras administrativas independentes – breves reflexões", Coimbra, 2016, p.10 ss (trabalho inédito no momento).

Por enquanto, paralela à esta, temos a linha subjetivista na reivindicação do consenso social no exercício do poder administrativo, que se consubstancia num movimento da democratização (subjetiva) das decisões administrativas. Apesar de que a concreta influência deste movimento seja divergente a nível do direito comparado, ousamos afirmar que as soluções implementadas em diferentes ordens jurídicas se convergem no modelo da “administração concertada ou consensual” – que reclama que a Administração, ao tomar decisões unilaterais, deve possibilitar a retórica das opiniões dos particulares (sobretudo os destinatários e outros afetados pelo ato), e interiorizá-las quando for possível (possibilidade quer na perspetiva da juridicidade, quer na perspetiva dos interesses públicos)<sup>6 7</sup>.

Ora, dentro da matriz da administração concertada, a sobredita retórica pode emergir-se em várias formas consoante a intensidade da influência desta na decisão final (formalmente) unilateral da Administração. Rudimentarmente, temos a *participação-coordenação*, em que a eficácia da decisão administrativa fica dependente da aceitação dos seus destinatários; a *participação-negociação* em que os particulares são chamados a discutir o assunto face-a-face e dinamicamente com a Administração, constituindo o consenso eventualmente obtido a base da decisão final; e a *participação-coconstituição*, em que o consenso alcançado entre a Administração e os particulares vai constituir – mais do que a mera base decisória – um verdadeiro negócio jurídico (um contrato sobre o exercício dos poderes públicos) que contratualiza o conteúdo discricionário da eventual decisão (formalmente ainda unilateral) da Administração, ou até um contrato que substitui a emissão de uma decisão unilateral<sup>8</sup> – tra-

<sup>6</sup> É importante salientar que o conceito de administração concertada abrange, de facto, realidades mais amplas do que a aludida democratização do exercício do poder administrativo através da possibilitação da influência dos particulares nas decisões administrativas. Por exemplo, na Itália, a temática da administração concertada é problematizada largamente no âmbito da colaboração entre órgãos administrativos, questionando a natureza e o regime dos atos que formalizam o consenso (*maxime*, endoprocedimental) entre dois ou mais órgãos. Veja, *inter alia*, CUOCOLO, F., “Concerto (atti di)”, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. VII, Roma, 1988; FERRARA, ROSÁRIO, *Gli Accordi di Programma, Potere, Poteri Pubblici e Modelli dell’Amministrazione Concertata*, Padova, 1993.

<sup>7</sup> Embora comecemos a temática da administração concertada no âmbito da democratização do exercício do poder administrativo, o fundamento e o mérito de uma administração concertada ficam muito para além disso. Entre outros, a implementação do modelo da administração concertada é veiculada também pela necessidade da tomada das decisões administrativas mais informadas (que é especialmente relevante no Estado Regulador em que o sucesso das tarefas e estratégias regulatórias dependem avultadamente das informações recolhidas pela Administração; mas informações estas que na maioria, são detidas pelos particulares-regulados); pela exigência do controlo do exercício do poder discricionário pela sociedade civil face à atual crise da legalidade, que enfraquece o papel do poder legislativo e do poder judicial enquanto o freio do poder administrativo; pela necessidade de atenuar a tensão na relação entre a Administração e os administrados, no sentido de ensaiar alternativas às decisões administrativas imperativas puramente unilaterais, etc..

<sup>8</sup> Preferimos não incluir a *participação-auscultação/consulta* – em que os particulares são consultados e ouvidos nas fases preparatórias de um procedimento administrativo – no seio da administração concertada. Isto porque na forma da participação-auscultação, a comunicação das opiniões dos particulares à Administração não tem a finalidade de obter um consenso (um concerto) entre a Administração e os particulares. O que se decorre é, antes de mais, uma recolha de informações pela Administração, em lugar de um confronto dinâmico, no sentido de um real *bargaining*, entre a Administração e os particulares. A não inclusão da participação-auscultação/consulta no modelo da adminis-

ta-se da forma máxima da administração concertada que se sublima a uma verdadeira “administração contratual”.

No direito português, a administração concertada já não é uma temática nova – que foi estudada especialmente pelo ilustre mestre BARBOSA DE MELO logo no início dos anos 80<sup>9</sup>. Todavia, o facto é que a respetiva preocupação doutrinária é monopolizada pelas teorias de atos administrativos, de planos, de contratos da Administração, *etc.*, deixando basicamente em branco a indagação da administração concertada (em sentido estrito, excluído do conceito a “administração contratual”<sup>10</sup>) na teoria geral da normação administrativa (regulamentos). Isto, de facto, não é algo surpreendente face à evolução dogmática do direito administrativo português, cuja atenção tem sido debruçada para os atos administrativos, e os contratos públicos e contratos administrativos – basta olhar para a regulação legislativa dos procedimentos administrativos: só a partir do novo CPA (2015) temos uma “verdadeira” regulação *geral* do procedimento regulamentar<sup>11 12</sup>. No entanto, mesmo nesta nova regulação, a preocupação com a democratização do procedimento administrativo regulamentar acentua-se apenas na di-

---

tração concertada pode ser justificada até pela observação da doutrina americana, segundo a qual, no procedimento tradicional (da normação administrativa) – o *adversarial process*, em que a participação dos particulares é satisfeita apenas através da consulta e auscultação, a Administração e os particulares tendem a considerar um e outro como adversários – em vez de negociantes de boa-fé –, e por isso inclinam a adotar posições extremas nesta fase consultiva, tratando esta fase como a antecâmara do eventual litígio.

Parece que esteja no mesmo sentido: MELO, BARBOSA DE, “Introdução...”, p.91 ss., em que o autor afirma que a auscultação não altera a estrutura essencial do modelo administrativo clássico; e MONIZ, ANA RAQUEL, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez, Contributo para a Teoria dos Regulamentos*, Coimbra, 2012, p.173, em que a autora exprime indiretamente que a participação-auscultação não tem a intensidade de se sublimar à arte da administração concertada.

Em bom rigor, a participação-coordenação também não implica um real *bargaining* entre a Administração e os particulares – os particulares ficam limitados a aceitar ou não a decisão unilateralmente elaborada pela Administração. Contudo, não podemos negar que a partir do momento em que os particulares manifestam a sua aceitação em relação ao conteúdo do ato, estamos perante um verdadeiro consenso formal entre a Administração e os particulares – facto este que nos leva a incluí-la ainda no quadro da administração concertada, *mas enquanto um caso de limite*. Por outras palavras, qualquer participação dos particulares na decisão administrativa que apresenta uma intensidade menor a esta será fora do paradigma da administração concertada. Por isso, será excluído deste paradigma o regime em que a eficácia da decisão administrativa depende de uma mera não oposição dos particulares. Também duvidamos seriamente a inclusão na administração concertada o caso em que a aceitação, da qual a eficácia da decisão administrativa depende, é só tácita.

<sup>9</sup> V. MELO, BARBOSA DE, “Introdução...”, *cit.*, *passim*.

<sup>10</sup> Ora, é importante salientar que esta separação a nível conceitual, não significa uma corte radical do nexo entre a administração concertada e a administração contratual. Com efeito, a administração concertada pode ser um fruto da administração contratual: pense-se no caso do contrato endoprocedimental sobre os trâmites do procedimento (art. 57/1 do CPA), que pode perfeitamente prever a realização de uma fase negocial como a obrigação contratual para ambas as partes.

<sup>11</sup> Sobre a razão da ausência da regulação do procedimento regulamentar no antigo CPA, v. MONIZ, ANA RAQUEL, *A Recusa...*, *cit.*, p.152, nota 424.

<sup>12</sup> Sobre a configuração do procedimento regulamentar no novo CPA, consulte, MONIZ, ANA RAQUEL, “Procedimento regulamentar”, in *Comentário ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, (coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), Lisboa, 2015, p.399-440.

menção da participação-auscultação/consulta (art. 100.º «Audiência dos interessados» e art. 101.º «Consulta pública») e na dimensão da participação-coconstituição (art. 57.º «Acordos endoprocedimentais» – extensão teleológica). Destarte, a dimensão da participação-negociação, que constitui o núcleo essencial da “administração concertada em sentido estrito”, mantém-se ainda em vácuo – que é lamentável, tendo em vista as grandes vantagens inerentes a esta dimensão da participação (favorecimento de intercâmbio de informações, aprendizagem mútua das questões na liça, flexibilização da rigidez da técnica regulatória de *command-and-control*, etc.) e o valor democrático subjacente, com o qual aquele que se subjaz à mera participação auscultação/consulta é incomparável – a participação-negociação, além de representar uma oportunidade de manifestar opiniões, acarreta um diálogo ativo entre o Estado e os interessados (ou grupos de interessados) que significa um reconhecimento e aceitação das diferentes frações da população *dentro da sua diferença*, suscetível de atender e resolver os conflitos de interesses inerente a uma sociedade pluralista<sup>13</sup>.

Sem dúvidas, em relação ao procedimento do ato administrativo, o legislador também mantém em silêncio em relação à admissibilidade e o regime da participação-negociação. Contudo, este silêncio é qualitativamente diferente em comparação com o caso do procedimento regulamentar.

Por um lado, apesar do silêncio da lei, a figura de atos administrativos consensuais é bem reconhecida pelas doutrinas – o que já não ocorre com a figura de regulamentos consensuais<sup>14</sup>.

Por outro lado, a eventual autorização casuística da participação-negociação no procedimento regulamentar acarreta problemas mais complexos do que no procedimento do ato administrativo, mormente em virtude da natureza normativa dos regula-

---

<sup>13</sup> Como mostram OLIVIER BARRIÈRE e JEAN-FRANÇOIS FAURE, a participação-negociação, para além de conseguir dar soluções mais pacíficas e aceitáveis para o conflito de interesses levantado pelo pluralismo social, tem a mesma capacidade de resolver problemas desencadeados pelo *pluralismo jurídico* (v.g. conflito ou concorrência entre a ordem jurídica estadual e a ordem jurídica da certa população, os costumes locais). V. BARRIÈRE, OLIVIER/ FAURE, JEAN-FRANÇOIS “L’enjeu d’un droit négocié pour le Parc amazonien de Guyane”, in *Natures Sciences Sociétés*, vol. 20 (2), Paris, 2012, p.168-180.

<sup>14</sup> Sobre a figura de atos administrativos consensuais, v. *inter alia*, MONIZ, ANA RAQUEL, *Direito Administrativo – Casos Práticos*, Coimbra, 2015, p.317; GONÇALVES, PEDRO, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações. Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra, 2008, p.46-48 (o autor afirma expressamente que a adoção de atos administrativos consensuais é “*possível mesmo quando não prevê[a]*” e “*tend[e] a ocorrer com frequência*”. *Ibidem*, p.47); e *idem*, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra, 2013, p.335-368, *maxime*, p.360-368 (em bom rigor, o que o autor trata nestas páginas é a figura de *ato administrativo de aceitação de compromissos*, que, nas palavras do autor, se define como “*ato administrativo pelo qual uma autoridade aceita compromissos propostos por um particular e converte tais compromissos em obrigações cujo cumprimento impõe ao mesmo particular*” (*ibidem*, p.362). Trata-se apenas de uma subcategoria de ato administrativo consensual e pois não esgota a variedade deste último. Em concreto, o que está em causa é uma espécie especial de ato administrativo consensual em que a dinâmica da obtenção de consenso é veiculada principalmente pelos particulares-destinatários do ato – que, em regra, apresentam a iniciativa e desempenham o papel da elaboração do conteúdo do compromisso –, e o conteúdo do ato final é sempre integrado por uma cláusula acessória de compromisso, que, na perspetiva do destinatário, representa um verdadeiro “mal-menor” face às alternativas não consensuais. Características estas que, porém, podem não existir noutros tipos de ato administrativo consensual).

mentos, que implica um âmbito subjetivo mais amplo do que o do ato administrativo. Como veremos, os problemas envolvidos ultrapassam o nível da indicação dos interessados para negociação: como os afetados são, em regra, numerosos, temos de confrontar com o problema da representação na negociação, a repercussão da retidão da representação no eventual consenso, e o problema da relação entre o representante e o representado, *etc.* – que são problemas em regra alheios à participação-negociação no procedimento do ato administrativo, que tem destinatário(s) individualizado(s).

Por conseguinte, preferimos focalizar a nossa indagação na participação-negociação do procedimento regulamentar, sem prejuízo de que as soluções eventualmente adotadas sobre certos problemas podem ser aproveitadas, por analogia ou até por *argumentum a fortiori*, para o caso da participação-negociação no procedimento do ato administrativo, que, como defendemos, apresenta uma fisionomia dogmaticamente menos complexa.

Ora, mesmo que o objeto do nosso trabalho seja limitado à participação-negociação no procedimento regulamentar, trata-se ainda de uma ambição insuscetível de ser saciada por um só trabalho, tendo em conta a pluridimensionalidade e a complexidade das problematizações suscitadas. Donde, não podemos deixar de circunscrever melhor o alcance da presente indagação; e preferimos concentrar-nos na problemática da influência da participação-negociação no procedimento regulamentar nas posições dos particulares-interessados, *maxime* a nível da sua legitimidade de impugnar o regulamento consensual. Mas antes de entrar na essência desta problemática, julgamos que seja imprescindível conhecermos o funcionamento desta especial técnica da norma e a sua compatibilidade com o direito administrativo português.

## 2. A experiência pioneira norte-americana: o *negotiated rulemaking*

Como observámos, no direito português, a participação-negociação no procedimento regulamentar é atualmente ainda uma “*res nullius*” não ocupada nem pelo legislador, nem pela doutrina e jurisprudência. Por isso, para desvelar a sua influência nas posições dos particulares-interessados, é imprescindível recorrer à experiência estrangeira, compreendendo através desta, crítico-reflexivamente, quais são as suas características e as condições da sua aplicação. Para esta finalidade, a experiência pioneira<sup>15</sup> norte-americana no *negotiated rulemaking* (ou, *reg neg*)<sup>16</sup> é fundamental:

---

<sup>15</sup> Mesmo que a introdução do elemento de negociação no procedimento regulamentar não seja algo inventado pela doutrina norte-americana – como salientou PHILIP HARTE, o pai da *reg neg*, a experiência da negociação na regulação tem uma tradição na Europa ocidental, fundamentando a sua afirmação em KELMAN, STEVEN, *Regulating America, Regulating Sweden: A Comparative Study of Occupational Safety and Health Policy*, Cambridge, Massachusetts and London, 1981 (cf. HARTE, PHILIP, “The political legitimacy and judicial review of consensual rules”, in *The American University Law Review*, vol. 32, Washington D.C., 1983, p.476-477) –, é inegável que a negociação no procedimento regulamentar é regulada da maneira formal, sistemática e específica em primeiro nos Estados Unidos.

<sup>16</sup> O termo “*reg neg*” é a abreviatura de “*regulatory negotiation*”. Em bom rigor, “*regulatory negotiation*” não é a mesma coisa de “*negotiated regulation*” ou “*negotiated rulemaking*”, sendo o primeiro mais amplo que o segundo – uma vez que a técnica de negociação pode ser aplicada noutras

Nos Estados Unidos, a temática do *negotiated rulemaking* tornava-se ardente nos anos 80<sup>17</sup>, problematizando-se dentro da questão mais abrangente da “*Alternative Dispute Resolution*” (a conhecida ADR). Na altura, mesmo que não houvesse regulação legislativa específica, as agências administrativas, sobretudo a *Environmental Protection Agency* (EPA), já começavam a recorrer a esta técnica para concretizar a tarefa de regulamentação mormente nas áreas em que se verifica um grande conflito dos interesses antagónicos. Embora o *reg neg* não fosse julgado incompatível com o direito positivo norte-americano, propostas foram feitas no sentido de elaboração de uma legislação especial capaz de esclarecer o regime do *reg neg* e afastar as dúvidas que as agências administrativas tinham sobre a sua legalidade (*rectius*, a sua aprovação parlamentar), promovendo a confiança na sua aplicação. Para o efeito, o Parlamento emitiu em 1990 o famoso *Negotiated Rulemaking Act* (NRA), que tem como base as experiências práticas desenvolvidas pelas agências administrativas e sobretudo as Recomendações da *Administrative Conference of the United States* (ACUS)<sup>18</sup>, que por seu turno se estribam num parecer emitido por PHILIP HARTER em 1982<sup>19</sup>.

Ora, o NRA de 1990 estipulou expressamente que o regime em causa era meramente experimental, contendo por isso uma “*sunset clause*” que fazia caduco o Ato depois de 6 anos da sua vigência (em 1996). No entanto, em virtude do sucesso do *reg neg*, o NRA foi reautorizado em 1996 (com a eliminação da *sunset clause*) e ficou apoiado largamente pelo Governo de CLINTON. Atualmente, o NRA está ainda em vigor, ficando integrado no *Administrative Procedure Act* (APA)<sup>20</sup>, que “*firmly ensconcing reg neg in the super-statute at the heart of American administrative law*”<sup>21</sup>.

Depois desta breve nota da história do *reg neg*; agora, em relação do funcionamento do *reg neg* no direito norte-americano, a primeira nota a exaltar é que ele não é um substituto do procedimento tradicional (o *notice-and-comment rulemaking*); pelo contrário, ele é apenas uma *fase adicional* inserida no procedimento administrativo

---

tarefas regulatórias que não é a de *rulemaking*.

A doutrina norte-americana está consciente desta diferença mas ainda utiliza indiferentemente os termos “*reg neg*” e “*negotiated rulemaking*” apenas por mor da tradição na literatura jurídica, servindo o primeiro como o *nickname* do segundo.

Por razão do rigor linguístico, é ainda importante frisar que na linguagem inglesa, a palavra *regulation* tem pelo menos dois sentidos, podendo significar o que em português designamos por “regulação” e “regulamento”. V. MONIZ, ANA RAQUEL, “The rulemaking power of administrative agencies: crisis of legality, rule of law, and democracy”, 2015, p.7 (disponível: <http://ssrn.com/abstract=2420561>).

<sup>17</sup> Não se ignora que, como CARY COGLIANESE observou, a ideia da negociação na tarefa da normação administrativa germinou logo na época de *New Deal*, embora na altura esta germinação não passasse à floração. Cf. COGLIANESE, CARY, “Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking”, in *Duke Law Journal*, vol. 46, Durham, 1997, p.1261 e nota 22.

<sup>18</sup> Recommendation n.º 82-4 (47 Fed Reg. 30,708), afinada depois em 1985 (Recommendation 50 Fed. Reg. 52895).

<sup>19</sup> HARTER, PHILIP, “Negotiating regulations: a cure for malaise”, in *Georgetown Law Journal*, vol. 71, Washington D.C., 1982, p.1 ss..

<sup>20</sup> 5 U.S.C. §§ 561-570a. V. Anexo.

<sup>21</sup> Cf. SCHUCK, PETER H./ KOICHEVAR, STEVEN, “Reg neg redux: the career of a procedural reform”, in *Theoretical Inquiries in Law*, vol 15, Tel Aviv, 2014, p.423.

regulamentar para promover a obtenção do consenso entre a Administração e os interessados na regulação do determinado assunto. Ou seja, a decorrência de uma fase negocial e a obtenção do consenso nesta fase não vão preterir as fases subsequentes, sobretudo a audiência de interessados e a consulta pública, durante as quais, podem surgir opiniões relevantes no ponto de vista dos interesses públicos que obrigam o órgão decisor a modificar a norma proposta pelo comité de negociação – que por seu turno pode dar lugar à reabertura da negociação. Por outras palavras, o produto do *reg neg* não é um regulamento, mas sim uma *proposta consensual* para o conteúdo final do regulamento – se o órgão decisor “homologar” a proposta, teremos um “regulamento consensual”; no caso contrário, o ato final será ainda um “regulamento bem informado”, salvo a não “homologação” seja contrária ao princípio da boa-fé.

Por enquanto, a segunda nota a assinalar é que o *reg neg* é um sub-procedimento bem complexo que envolve um conjunto das fases articuladas, cuja observação é relevantíssima para uma correta aplicação da técnica de negociação e representa uma garantia procedimental dos interessados (*maxime*, o seu direito da participação-negociação).

Sucintamente abordando, o *reg neg* começa-se por uma iniciativa discricionária<sup>22</sup> do órgão com poder regulamentar. Contudo, salvo no caso da imposição

---

<sup>22</sup> Contudo, existe casos em que o recurso ao *reg neg* é legalmente imposto (v.g. o conhecido *No Child Left Behind Act* de 2011, e os casos exemplificados por COGLIANESE, in “Assessing...”, *cit.*, p.1268, nota 75).

Ora, embora a imposição legal da realização do *reg neg* possa ser um meio efetivo de incentivar o seu uso e daí fomentar o processo da democratização do procedimento administrativo regulamentar, ela é muito criticada sobretudo pelos defensores do *reg neg*. É contestado que como a essência do *reg neg* se consiste na obtenção de consenso através da negociação voluntária e de boa-fé, a sua realização não deve ser obrigatória para o órgão decisor – que, com o seu representante, também faz parte do comité da negociação, e pois a sua participação deve ser voluntária. Além disso, como veremos, uma vez que o sucesso do *reg neg* depende, embora não exclusivamente, do preenchimento de um conjunto dos pré-requisitos cuja verificação só pode ser aquilatada através de um juízo concreto casuístico; a imposição legislativa, que impossibilita este juízo de oportunidade (juízo este que é improvável ser alcançado pelo próprio legislador, tendo em conta a sua distância do mundo prático e o seu limite na recolha das informações casuisticamente situadas), pode conduzir a usos impertinentes do *reg neg*, que, para além de representar um grande custo eventualmente incompensável, corre o risco de provocar angustia na sua utilização. V. HARTE, PHILIP, “Fear of commitment: an affliction of adolescents”, in *Duke Law Journal*, vol. 46, Durham, 1997, p.1408, nota 73; LUBBERS, JEFFREY S., “Achieving policymaking consensus: the (unfortunate) waning of negotiated rulemaking”, in *South Texas Law Review*, vol. 49, Houston, 2008, p.1004.

Ademais, a imposição legal do *reg neg* acarreta o problema da agravação do indevido *blame shift* do Parlamento para a Administração. Quer dizer, é argumentado que quando estiver em causa assuntos controversos, o que o legislador deve fazer é tentar resolver *ele próprio* os conflitos de interesses em causa, mormente através da maior democratização do processo legiferante, convocando a participação dinâmica dos cidadãos em geral, e os interessados em especial, na discussão dos assuntos; em vez de deixar o assunto para Administração mediante uma “delegação do poder” via emissão das leis em branco.

Além do mais, esta deslocação da “arena” do Parlamento para a Administração, se for vulgarizada e indevidamente regulada, consubstancia-se numa força que catalisa a crise da legalidade e dilui francamente a fronteira entre o poder legislativo e o poder normativo administrativo (sobretudo na área da regulação), levando a que o regulamento não só se emerge como “leis administrativas” em sentido material (o caso dos regulamentos independentes) (v. GONÇALVES, PEDRO, *Regulação...*, *cit.*, p.38-42), mas agora também em sentido procedimental (o caso dos regulamentos consensuais).

legal, esta iniciativa só pode resultar numa decisão (*preliminar*) de adoção do *reg neg* quando fique satisfeito o conjunto de requisitos legais estipulados com o propósito de garantir que a adoção do *reg neg* seja dos interesses públicos (§ 563/ a do APA<sup>23</sup>). Ora, como a verificação destes pré-requisitos não é nada fácil, desde o início, HARTER recomenda que o órgão recorra à ajuda de um “*convenor*”<sup>24</sup>, que vai identificar os in-

---

Ora, com isso não pretendemos argumentar que o *reg neg* é algo mal que distorce a distribuição dos poderes entre a função legislativa e a função administrativa – esta distorção existe independentemente do *reg neg*; e muito pelo contrário, o *reg neg*, enquanto uma medida da democratização do procedimento regulamentar, é um instituto valioso suscetível de atenuar algumas preocupações (sobretudo as democráticas) provocadas por esta distorção que alarga o poder normativo da Administração (neste sentido, *ibidem*, p.41, nota 117).

O que pretendemos destacar neste momento é: o *reg neg* é um remédio adequado para tratar algumas consequências desequilibradas da crise da legalidade. Todavia, ele não é um remédio para a crise da legalidade *per se*. Por isso, se recorrer ou até impor o *reg neg* como um meio de confrontar com a crise da legalidade, estamos a escamotear o problema nuclear em causa, que é a vaguidade excessiva das leis.

Sobre este problema de *blame shift* e da crise da legalidade associado à vulgarização do *reg neg*, consulte, WILLIAMS, JULIET A., “The delegation dilemma: negotiated rulemaking in perspective”, in *Policy Studies Review*, Washington D.C., 2000 (spring), p.125-142.

Agora, sendo conscientes da perniciosidade da imposição legal do *reg neg*, não podemos deixar de advogar a sua rejeição na eventual implementação do *reg neg* em Portugal. Para incentivar o uso do *reg neg*, a nosso ver, é suficiente o estabelecimento de um sistema de *opting out* – ou seja, indicar o *reg neg* como o procedimento-regra, deixando o órgão decisor optar pela sua não realização, com o respetivo ónus de fundamentação. Contudo, este não deve ser consagrado como um sistema geral irreflexivo. O estabelecimento da cláusula de *opting out* deve ser ponderado pelo legislador caso a caso, sobretudo em função da matéria a regulamentar, e dos expertise e experiência que o órgão regulamentar possui.

<sup>23</sup> Para além de consultar a redação legal (v. anexo), convém estudar também o contributo, quer descritivo quer crítico-reflexivo, da doutrina no tocante às condições necessárias para uma realização adequada do *reg neg*. Entre outros, v. HARTER, PHILIP, “Negotiated rulemaking...”, *cit.*, p. 42 ss. cuja posição tem sido constantemente confirmada da forma sumariada nos seus artigos posteriores (v.g. *idem*, “The political legitimacy...”, *cit.*, p.479 ss.; *idem*, “The role of courts in regulatory negotiation – a response to Judge Wald”, in *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 11, New York,1986, p.56), e reconhecida largamente pela doutrina norte-americana.

A maioria dos critérios sugeridos por HARTER são codificados no NRA; mas há outros, a nosso ver, muito relevantes, que lamentavelmente não são reconhecidos pelo legislador do NRA. São, designadamente, a condição da existência de vários assuntos para negociar, dado que só assim os negociantes podem realizar o seu juízo de *trade-off*, atingindo a um *win-win* resultado; a condição de que nenhum interesse envolvido pode dominar a negociação para garantir a liberdade do consenso; e a condição de que o assunto a negociar não pode compreender qualquer restrição aos valores fundamentais – compromisso este que deve ser pré-regulado a nível legislativo ou resolvido a nível judicial (em direito português, isto significa que o assunto posto ao *reg neg* não deve tocar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, e que o *reg neg* é absolutamente proibido no tocante à restrição dos direitos, liberdades e garantias que integra na reserva da lei segundo os art. 18.º e 165.º/1b, CRP). Não vejamos razão para não adotá-las na condução do *reg neg* em Portugal.

Também não se esqueça do alerta de JULIET WILLIAMS, que assinala que uma lei habilitante clara e não *open-ended* é uma condição indispensável para o sucesso do *reg neg*. Cf. WILLIAMS, JULIET, “The delegation...”, *cit.*, p.133 ss..oNRA. Sçmente tisfatory processbre os traites orizar o conte

<sup>24</sup> V. HARTER, “Negotiating regulatoins...”, *cit.*, p.67 ss.. Como descreveu o autor, a tarefa do *convenor* não é fácil e implica imprescindivelmente contactos dinâmicos com os interessados. Além disso, como o parecer do *convenor* será a base para a decisão de adoção ou não do *reg neg*, especial cuidado tem de ser prestado na escolha do *convenor*, que abrange não só as considerações da capacidade dos candidatos, mas também o problema da imparcialidade.

interessados do caso e os assuntos controversos<sup>25</sup>, e depois submeter o seu parecer (não vinculante) sobre a viabilidade do *reg neg* ao órgão decisor (§ 563/ b, c do APA<sup>26</sup>). Face ao parecer do *convenor* ou com base no seu juízo próprio, o órgão decisor então toma a decisão *preliminar* de adoção (ou não) do *reg neg*.

Se ele decidir *preliminarmente* a adoção do *reg neg*<sup>27 28</sup>, ele então tem de pub-

<sup>25</sup> Citando HARTER, “The political legitimacy...”, *cit.*, p.481: “...the convenor would conduct a preliminary inquiry to determine whether the [conditions of negotiated rulemaking being a satisfactory process] have been met. The convenor could ask agency officials and some of the known interest groups what issues are likely to be raised and the identity of other interested parties. The convenor would then meet with those other interests to inquire about what issues they believe are likely to be involved and who they see as the other interests. This iterative process would continue until the circle closes and the convenor has a complete idea of the issues and parties involved. During the process, the convenor would also learn the views of particular interests regarding the use of negotiated procedures. In this way, the convenor can learn the views of a diverse group regarding the issues, and can develop a preliminary understanding of those issues beyond that possessed by any other interest.”

<sup>26</sup> Os artigos citados estipulam expressamente que o recurso à figura de *convenor* é facultativa, e pois depende do juízo de oportunidade e conveniência do órgão decisor.

<sup>27</sup> O NRA não impõe qualquer dever de fundamentação a cargo do órgão decisor em relação a esta decisão preliminar de adoção do *reg neg* – que, a nosso ver, é impertinente.

Como se vê no § 563/ a do APA, esta decisão preliminar é precedida por um juízo (com elemento discricionário) sobre um conjunto de requisitos essenciais. Donde, perspetivando segundo a racionalidade do direito administrativo português, sobretudo à luz do princípio da transparência, não podemos deixar de advogar a imposição do dever de fundamentação desta decisão discricionária.

Além disso, este juízo (e os seus componentes justificadores) será, logo a seguir, objeto das opiniões e comentários dos interessados antes de o órgão decisor tomar a decisão *final* de adoção ou não do *reg neg*. Se o órgão decisor não tiver o dever de fundamentar o seu juízo, dificilmente os interessados podem submeter opiniões qualificadas e realizam o seu papel de controlo sobre a discricionariedade procedimental da Administração – que é contraditório face ao espírito democrático do *reg neg*.

<sup>28</sup> Nos casos em que o órgão decisor tem a discricionariedade enquanto à adoção do *reg neg*, ele pode perfeitamente decidir a *não adoção* do *reg neg*. Mas aqui, em lugar de uma decisão preliminar, é já uma decisão *final* para a fase do *reg neg*.

Posto isto, segundo a racionalidade do direito administrativo português, a não imposição do dever de fundamentação (salvo possa aplicar extensivamente o § 565/ a 2 do APA) torna-se ainda mais pernicioso, uma vez que agora, a fundamentação tem um papel importantíssimo de fornecer uma base de dados aos interessados para valorizar a juridicidade e o mérito da decisão de não adoção do *reg neg*, da qual fica dependente a sua decisão de impugnar ou não esta decisão administrativa. (Realçamos que estamos dentro da racionalidade do direito administrativo português, porque este argumento não tem grande valor face ao NRA em que o legislador deliberadamente exclui do âmbito da fiscalização judicial “any agency action relating to establishing, assisting, or terminating a negotiated rulemaking committee” – § 570 do APA)

Ora, ao invocarmos a impugnação desta decisão de não adoção do *reg neg*, de facto, logicamente, temos de resolver um problema prévio – que é a natureza jurídica desta decisão, designadamente a saber se ele é um ato administrativo.

Com efeito, é inegável que estamos perante uma decisão endoprocedimental tomada por um órgão administrativo no exercício do seu poder jurídico-administrativo da conformação (unilateral) do procedimento. Por isso, face ao conceito de ato administrativo plasmado no art. 148.º do CPA, os obstáculos que temos de ultrapassar para afirmar a natureza de ato administrativo da decisão em apreço consistem-se em saber: i) estamos perante um ato que regula uma situação individual e concreto?; e ii) estamos perante uma estatuição autoritária que produz efeitos jurídicos externos? (A endoprocedimentalidade da decisão *per se* não é um obstáculo para a sua qualificação como ato administrativo uma vez que o CPA não exige que o ato administrativo tem de ser um ato final; além disso, em relação ao conceito especial de ato administrativo *judicialmente* impugnável, o CPTA estipula expressamente que a finitude procedimental não é um elemento do conceito – art. 51.º/1, parte inicial, confirmado por art. 51.º/2). Vejamos:

licar um anúncio em *Federal Register*, explicitando a sua intenção de constituir um comité de negociação para a elaboração de uma proposta regulamentar (*proposed rule*). Este anúncio possui um papel relevantíssimo no *reg neg*, uma vez que nele se contém, entre outros, a descrição do objetivo do regulamento e os assuntos atinentes; a lista dos interesses que, no juízo do órgão decisor (ou com base no parecer do *convenor*), serão afetados pelo regulamento elaborando; a lista das pessoas ou entidades que se propõem para representar estes interesses identificados; a agenda da negociação; a solicitação das opiniões sobre a composição do comité e as listas referidas; o meio de nomeação ou apresentação de candidatura a membros do comité, *etc.* (§ 564/a do APA).

Após a publicação deste anúncio, decorre então um prazo de 30 dias para o efeito da submissão das opiniões, comentários, e da aludida nomeação e candida-

---

i) Estamos perante um ato que regula uma situação individual e concreto?

Inserindo num procedimento regulamentar espacial e temporalmente determinado, está-se sem dúvidas perante uma regulação de uma situação procedimental concreta. Contudo, também por causa da sua integração num procedimento regulamentar em que os interessados são, em regra, a generalidade dos cidadãos (cuja amplitude varia consoante o âmbito subjetivo do regulamento), parece que não estejamos perante uma regulação da situação individual, salvo o regulamento elaborando seja um ato abstrato (que, para nós e a doutrina maioritária, é ainda qualificável como regulamento mesmo que se careça a característica da generalidade). Por outras palavras, a decisão de não adoção do *reg neg* é um *ato concreto mas geral*, que, *prima facie*, não é subsumível ao conceito de ato administrativo. Todavia, não podemos esquecer-nos de que, para as doutrinas maioritárias portuguesas, os atos gerais são qualificáveis ainda como ato administrativo em virtude da sua falta da intenção de consubstanciar-se numa predisposição de permanência. Mais sobre a problemática da qualificação dos atos gerais e atos abstratos, v. SOARES, ROGÉRIO, *Direito Administrativo*, Coimbra, 1987, policópia, p.79 ss.; ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, “O regulamento no ordenamento jurídico português”, in *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. I, Coimbra, 2008, p.508-509; MONIZ, ANA RAQUEL, “A titularidade do poder regulamentar no direito administrativo português (algumas questões)”, *BFD*, vol. LXXX, Coimbra, 2004, p.483 ss., *maxime*, p.486-489; *idem*, “Os regulamentos administrativos na revisão do Código do Procedimento Administrativo”, *CJA*, n.º 100, Braga, 2013, p.27-28.

ii) Estamos perante uma estatuição autoritária que produz efeitos jurídicos externos?

*Prima facie*, como se trata aqui de uma decisão endoprocedimental, a intuição conduziria a uma resposta negativa. Todavia, não podemos ignorar que se, na prática, a finitude procedimental e a produção dos efeitos jurídicos amiúde coincidirem; isto não é uma verdade normativo-dogmática. Para além de que um ato final pode não produzir efeitos jurídicos externos (o caso típico de atos internos), nada impede que um ato endoprocedimental pode ser destacado, produzindo efeitos jurídicos externos autónomos. E julgamos que este seja o caso da decisão de não adoção do *reg neg*, sobretudo quando a iniciação do respetivo juízo foi precedida por uma petição ou proposta dos particulares. Com efeito, mesmo que os particulares não tenham um direito subjetivo *pleno* à realização do *reg neg*; trata-se, a nosso ver, de um direito subjetivo *enfraquecido* decorrente do princípio à participação. Por isso, a Administração, ao *decidir* não realizar *reg neg* (sublinhamos a dimensão decisória para afastamos dos casos em que a não realização do *reg neg* não é precedida de um juízo decisório específico – ou seja, quando a hipótese da realização voluntária do *reg neg* nem sequer foi passada (ou trazida pelos particulares) na cabeça da Administração. Se faltar esta dimensão decisória, *ab initio* não teremos ato administrativo), ela está a definir *ativamente* a amplitude do direito à participação dos particulares num determinado procedimento regulamentar, limitando-o, em regra, ao nível mínimo da participação-auscultação/consulta. Por outras palavras, a decisão de não adoção do *reg neg* delimita ativamente a relação procedimental entre a Administração e os particulares, produzindo efeitos jurídicos externos.

Por conseguinte, não podemos deixar de qualificar esta decisão de não adoção do *reg neg* como um ato administrativo, com o corolário da aplicação do respetivo regime.

tura a membros do comité de negociação (§ 564/ c do APA). Só depois deste prazo o órgão decisor, ponderando as opiniões comunicadas, pode emitir a sua decisão *final* de adoção ou não do *reg neg*<sup>29 30</sup>. Se for decidida a adoção do *reg neg*, o comité de negociação vai então entrar em funcionamento, procedendo segundo a agenda pré-estabelecida, tendo como objetivo último a obtenção do consenso<sup>31</sup> em relação ao projeto do regulamento (§ 566/ a do APA). Para facilitar as negociações no comité, o NRA prevê expressamente a possibilidade de recorrer a “*facilitator*” que desempenha o papel de um mediador imparcial (§ 566/c, d do APA).

Normalmente, o comité vai terminar ou com a obtenção do consenso (que *na prática*, será integrado pelas declarações dos negociantes no sentido de não impugnar o regulamento caso este interiorizar o conteúdo do consenso<sup>32</sup>), ou com a situação de impasse em que é reconhecida a impossibilidade da obtenção do consenso; salvo o termo estabelecido para a vigência do comité fique atingido antes da chegada a uma destas situações (§ 567 do APA).

Agora, com o projeto consensual, ou meramente as informações e recomendações obtidas no caso contrário – que são submetidos ao órgão decisor (§ 566/ f do APA) –, a fase do *reg neg* termina-se; o procedimento regulamentar então passa para as próximas fases, que incluem, mormente, a fase da audiência de interessados e da consulta pública. Mesmo que, em regra, os interessados, através dos seus representantes, já tenham pronunciado na fase do *reg neg*; nada obsta a que eles podem nesta fase, sobretudo em nome individual, contribuem com as suas opiniões. Depois de ter ponderado as opiniões manifestadas nestas fases posteriores ao *reg neg*, o órgão decisor pode justamente desviar do projeto negociado, ainda que ele deva sempre tentar o máximo para salvaguardar o consenso obtido – esforço este que é um pré-requisito da adoção do *reg neg* segundo o § 563/ a 7 do APA. Mas se eventualmente o órgão adotar o projeto consensual como o

---

<sup>29</sup> O NRA *apenas* impõe um dever especial de fundamentação no caso de a Administração decidir afinal *não* adotar *reg neg* como a técnica da normação (§ 565/a do APA). Isto representa, a nosso ver, uma atitude legislativa muito favorável à adoção do *reg neg* (que é clara no § 569 do APA), presumindo o seu mérito.

Para nós, perspetivando à luz do direito administrativo português, não vemos razão suficiente para discriminarmos as duas decisões. Uma decisão final de adotar *reg neg* também pode ter o seu problema do mérito e da juridicidade, e pode afetar interesses juridicamente relevantes dos particulares. Destarte, defendemos que o dever de fundamentação deve ser o mesmo para o caso de adotar e o caso de não adotar *reg neg*.

<sup>30</sup> Na nossa perspetiva, estas decisões finais são qualificáveis como ato administrativo no direito português, aplicando-se *mutatis mutandis* as nossas considerações tecidas em relação à decisão de não adoção do *reg neg* tomada na fase preliminar (v. nota 28).

<sup>31</sup> Segundo o § 566/ 2 do APA, o consenso, em regra, identifica-se à unanimidade. Contudo, podem os participantes acordar noutro conceito de consenso, prescindindo da unanimidade.

Na nossa perspetiva, o consenso deve identificar *sempre* à unanimidade, uma vez que só assim pode garantir a existência de veto para todos os participantes independentemente de que os interesses representados são maioritários ou minoritários. No caso da Administração, como veremos, o seu veto é até fundamental para manter o produto do *reg neg* dentro dos interesses públicos.

Mais sobre o risco de um consenso-não-unanimidade, veja HARTER, PHILIP, “Fear..”, *cit.*, p.1410-1411.

<sup>32</sup> A natureza destas declarações, da grande importância para as eventuais posições dos interessados face ao regulamento final consensual, será estudada *infra*.

conteúdo do regulamento, fundamentando-o segundo as exigências normais<sup>33</sup>, teremos então um “regulamento consensual”.

Depois de ter conhecido o funcionamento do *reg neg*, não podemos deixar de referir os seus *pros and cons* que a experiência norte-americana evidenciou.

Em geral, os defensores advogam que o *reg neg* tem como objetivo primário a elaboração de “*better rules*” que conseguem resolver o conflito de interesses subjacente da maneira largamente aceitável para todos os interesses (públicos e privados) envolvidos, rejuvenescendo o “*ossified regulatory system*” e contribuindo para a democratização dos procedimentos administrativos. Eles atestam o sucesso na concretização deste “*better rules approach*” através do *reg neg*; e defendem que o *reg neg* traz consigo outros *by-products* proveitosos: designadamente, a redução de tempo na tarefa da normação, a redução (até eliminação) da litigância dos regulamentos, o fortalecimento da confiança mútua entre a Administração e os particulares, o fomento de intercâmbio de informações e mútua aprendizagem entre o regulador e os regulados, etc.. Pelo contrário, os cétricos criticaram que o *reg neg*, para além de não ser efetivo em alcançar os seus fins hipotéticos, cria uma carga financeira pesada (eventualmente incompensável) quer para a Administração quer para os particulares-negociantes, e abala prejudicialmente a intencionalidade axiológica do direito administrativo e da função do poder administrativo<sup>34</sup>.

Ora, perante este debate, mas concentrando-nos por agora só na questão prática da efetividade do *reg neg* em alcançar o seu objetivo (discutindo apenas mais a frente a questão jurídico-normativa da compatibilidade do *reg neg* com a intencionalidade axiológica do direito administrativo), julgamos que seja mais objetiva a posição de SCHUK e KOCHVAR. Com efeito, os autores argumentam que, seja os defensores seja os cétricos, podem ter razão. Mas a retidão dos argumentos de cada um fica dependente das condições sob as quais o *reg neg* foi realizado. Quer dizer, se a realização do *reg neg* for precedida por um adequado e cauteloso juízo da sua viabilidade – os

---

<sup>33</sup> O APA não facilita a fundamentação do regulamento mesmo que esteja em causa um regulamento consensual. E concordamos.

Contudo, alguns autores, sobretudo os cétricos do *reg neg*, observam que, *na prática*, os órgãos emissores de regulamentos consensuais não realizaram devidamente o dever de fundamentação. Com efeito, estes autores contestam que o que os órgãos emissores fizeram não é uma justificação direta e honesta da racionalidade do regulamento, mas apenas uma *post hoc* alegação que somente racionaliza *after-the-fact* o resultado do *bargaining* no *reg neg*, cuja racionalidade real não é perceptível através desta “fundamentação funcionalmente distorcida”. V. FUNK, WILLIAM, “When smoke gets in your eyes: regulatory negotiation and the public interest – EPA’s woodstove standards”, in *Environmental Law*, vol. 18, Chicago, 1987, p.79 ss.; CHOO, ROBERT, “Judicial review of negotiated rulemaking: should *Chevron* deference apply?”, in *Rutgers Law Review*, vol. 52, Newark, 2000, p.1094-1095, louvando-se sobretudo em FUNK.

<sup>34</sup> Acerca deste debate, consulte especialmente o diálogo entre COGLIANESE (que argumenta que o *reg neg* falhou em cumprir o seu compromisso de redução do tempo e da litigância das normas) e HARTE (que critica o foco incorreto de COGLIANESE e o seu erro metodológico): v. COGLIANESE, CARY, “Assessing...”, *cit.*, *passim*; HARTER, PHILIP, “Assessing the assessors, the actual performance of negotiated rulemaking”, in *New York University Environmental Law Journal*, vol. 9, New York, 2000, p.32-59; COGLIANESE, CARY, “Assessing the advocacy of negotiated rulemaking: a response to Philip Harter”, in *New York University Environmental Law Journal*, vol. 9, New York, 2001, p.386-447.

autores destacam, entre outros, o *numerus clausus* dos negociantes, a boa delimitação dos assuntos a negociar e a disponibilidade de recursos técnicos e financeiros; mas julgamos que seja da igual relevância as outras condições legais e doutrinárias (v. nota 23) – o *reg neg* será, em princípio, uma técnica útil e eficiente para a normação administrativa. Mas se for realizado sem ter observado devidamente estas condições, o *reg neg* provavelmente traga mais sacrifícios (*maxime*, tempo e dinheiro, e até a confiança dos particulares) do que benefícios<sup>35</sup>. Por outras palavras, se o *reg neg* se pretender ser benéfico, a sua adoção tem de ser rigorosa – o que significa que ele não pode ser uma técnica de “*everyday practice*”.

Numa ótica reflexiva, estas considerações emprestam-nos arrimo para i) advogar que, apesar de que o *reg neg* já entrou na fase de declínio nos Estados Unidos (mas declínio este que, como observou LUBBERS, é oriundo principalmente das causas *exteriores* à virtude do próprio *reg neg*<sup>36</sup>), o seu mérito intrínseco justifica a sua introdução no direito administrativo português que está a evoluir constantemente para um modelo da Administração Pública mais democrática, mais eficiente, mais colaborativa e mais amigável (menos agressiva) face aos particulares; e ii) concluir que se o *reg neg* for para implementar ou meramente experimentar em Portugal, ele não pode vigorar como uma técnica generalizada. A sua adoção deve depender do preenchimento de um conjunto das condições estritas que garantem a aptidão do seu uso; e o seu procedimento não pode ser arbitrário. E para o efeito, julgamos que seja valiosa a explorada experiência norte-americana, que deve servir-se como o modelo paradigmático – com as necessárias adaptações (algumas das quais já tecemos ocasionalmente *supra*, sobretudo nos rodapés) – do procedimento regulamentar com negociação em Portugal.

No entanto, uma coisa é o mérito do *reg neg*, outra é a sua compatibilidade com o sistema jurídico administrativo. Só depois de conseguir passar estes dois testes o *reg neg* pode ser uma técnica de normação legítima e meritosa disponível à Administração Pública portuguesa.

### **3. A compatibilidade do *Negotiated Rulemaking* com o direito administrativo português**

Ao investigar a compatibilidade do *reg neg* com o direito administrativo português, temos de enfrentar pelos menos três perguntas essenciais: 1) o *reg neg* implica uma violação do estatuto constitucional da Administração Pública que, segundo o art. 266.º/1 da CRP, tem como missão primária irrenunciável a prossecução dos interesses públicos, em lugar da mera conciliação dos interesses privados conflituais<sup>37</sup>? 2) o *reg*

---

<sup>35</sup> SCHUCK, PETER H./ KOICHEVAR, STEVEN, “Reg neg redux...”, *cit.*, p.438-445.

<sup>36</sup> V. LUBBERS, JEFFREY S., “Achieving policymaking...”, *cit.*, p.996 ss..

A observação da tendência de declínio do *reg neg* de LUBBERS, publicada em 2008, foi confirmada depois por SCHUCK e KOICHEVAR (2014), que atestam uma contínua descida no uso do *reg neg* entre 2007-2013. Cf. SCHUCK, PETER H./ KOICHEVAR, STEVEN, “Reg neg redux...”, *cit.*, p.438-439.

<sup>37</sup> Como PEDRO GONÇALVES defende, com boa razão, esta missão constitucional da Administração Pública fica intacta ainda que estejamos nas atividades regulatórias. Mesmo neste terreno, a

*neg* implica uma delegação ilegítima do poder normativo público para os grupos de interesses privados? (como veremos, a resposta para esta pergunta depende em larga medida da posição adotada em relação à primeira); 3) o legislador ordinário abre margem para a implementação do *reg neg*?

1) O *reg neg* implica uma violação do estatuto constitucional da Administração Pública (prossecação dos interesses públicos)?

O problema da “traição aos interesses públicos” por uma Administração consensual no *reg neg* foi levantado por FUNK logo nos anos 80, antes do nascimento do NRA. Para o autor, no *reg neg*, quando a Administração participar na negociação como um dos vários representantes no comité de negociação, o papel da autoridade dela – que é essencial para garantir uma resolução dos interesses públicos – fica diluído. Tomando lugar numa mesa de negociação, a Administração, como outros participantes, também não pode deixar de fazer *trade-off* dos seus interesses (supostamente, interesses públicos) para atingir uma solução consensual “*win-win*” – que significa em certa medida um sacrifício dos interesses públicos em prol dos interesses privados, e simultaneamente uma transformação do direito administrativo numa espécie do direito privado, implicando um “*bankruptcy of both public law remedies and traditional administrative rulemaking*”<sup>38</sup>. Aliás, com a acentuação da importância da obtenção de consenso no *reg neg*, o dever da Administração fica praticamente alterado – a preocupação dela já não está no cumprimento da sua missão de garantir a racionalidade da norma através do seu expertise e da vinculação às leis; mas sim na tentativa da obtenção de consenso para os assuntos conflituais e no esforço de “homologar” este consenso como o conteúdo do regulamento – e de facto, contestam os céticos, a Administração não tem impulsos para preocupar-se com a prossecação dos interesses públicos no *reg neg*, uma vez que se consenso for obtido e os interesses forem bem representados, à partida, ninguém tem interesse em pôr a questão da validade do regulamento consensual nos tribunais. Isto, nas palavras de FUNK, “*undermine and subvert the principles underlying traditional administrative law by elevating the importance of consensus among the parties above the law, the facts, or the public interest*”<sup>39</sup>, que representa uma perigosa quebra da intencionalidade axiológica do direito administrativo. Ademais, o modelo da norma consensual dispõe a Administração para o *lobby* dos grupos de interesses privados, transformando a teoria de captura num modelo jurídico-normativo<sup>40</sup>. Ou como Juiz POSNER conjeturou na primeira decisão ju-

---

atividade da Administração não se consiste na mera “tutela e composição *dos interesses da natureza privada*”. O *objetivo* da Administração é e só pode ser a prossecação dos interesses públicos, sem prejuízo de que o *resultado* das atividades regulatórias se traduza (também) numa melhor proteção dos interesses privados. V. GONÇALVES, PEDRO, *Regulação...*, *cit.*, p.62-67.

<sup>38</sup> Cf. FUNK, WILLIAM, “When smoke...”, *cit.*, p.98.

<sup>39</sup> Cf. FUNK, William, “Bargaining toward the new millennium: regulatory negotiation and the subversion of the public interest”, *in* *Duke Law Journal*, vol. 46, Durham, 1997, p.1387.

<sup>40</sup> Mais sobre a posição de FUNK, v. *ibidem*, p.1351-1388, *maxime* p.1374 ss.; *idem*, “When smoke...”, p. 89 ss.. Veja também CHOO, ROBERT, “Judicial review...”, *cit.*, p.1098-1100.

dicial sobre *reg neg*, o *reg neg* “sounds like an abdication of regulatory authority to the regulated, the full burgeoning of the interest-group state, and the final confirmation of the ‘capture’ theory of administrative regulation”<sup>41</sup>.

Ora, na nossa perspetiva, sem dúvidas, estas observações tecidas pelos cétricos do *reg neg* são especialmente valiosas para destacar o risco inerente ao *reg neg* para a erosão da intencionalidade axiológica do direito administrativo. Contudo, como ensina BARBOSA DE MELO, que ocasionalmente também levantou a questão da prossecução dos interesses públicos na administração concertada, é necessário distinguir risco da fatalidade<sup>42</sup> – se os riscos forem detetados, então, à luz de uma lógica da proporcionalidade, o que se urge fazer responsivamente é encontrar o meio de controlo e não a rejeição imediata do *reg neg*, tendo em conta as numerosas vantagens que esta técnica da normaçoão podem introduzir para o sistema jurídico administrativo. E de facto, o *reg neg*, com as características que ele possui, já fica equipado com várias válvulas de segurança para o efeito.

Por um lado, a participação da Administração na negociação não significa necessariamente o *trade-off* dos interesses públicos em prol dos interesses privados – para não criticar já a ideia, a nosso ver ultrapassada, da separação radical entre interesses públicos e interesses privados que contamina esta afirmação (v. *infra*), não podemos esquecer-nos de que por regra, no *reg neg*, vale a regra de unanimidade para a obtenção do consenso e daí, todos os negociantes, *inclusive*, a Administração, têm um veto. Daí, logo na fase da negociação, a Administração pode vetar proposta que vai contra os interesses públicos. Sem dúvidas, pode argumentar que a Administração, fascinada pelo “sabor do consenso”, não ia usar o seu veto para salvaguardar os interesses públicos; mas contestação esta que já não tem a ver com o próprio *reg neg* – a Administração, fora do *reg neg*, também pode cometer “desvio do poder” simplesmente por ser fascinada pela “conveniência da arbitrariedade”. Por isso, se não confiasse na Administração, nem os procedimentos tradicionais puramente unilaterais seriam legítimos. E *mutatis mutandis*, se confiar na Administração no desempenho da sua missão primária nos procedimentos tradicionais, não há razão para não a confiar no *reg neg*.

Por outro lado, como temos salientado, o *reg neg* não é um substituto do procedimento regulamentar tradicional, mas sim uma fase adicional inserida no meio do procedimento tradicional, tornando-o mais democrático. Destarte, mesmo que haja consenso, nada garante que isto será o conteúdo final do regulamento – mesmo o dever de negociar em boa-fé, e mais geral, o princípio da boa-fé que vincula a Administração, não dá uma garantia absoluta para isso. Designadamente, a Administração pode desviar do consenso obtido nas fases posteriores, e *deve* fazê-lo se entretanto receber opiniões meritosas do público ou dos interessados, ou julgar o consenso (original ou supervenientemente) desconforme com os interesses públicos concretos<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> USA Group Loan Services, Inc. v. Riley, 82 F.3d 708 (7th Cir. 1996).

<sup>42</sup> MELO, BARBOSA DE, “Introdução...”, *cit.*, p.121.

<sup>43</sup> Como HARTER salientou, na sua crítica à pronúncia do Juiz POSNER, “The typical practice in

Ainda que a Administração falhasse nestas fases em prosseguir os interesses públicos, o regulamento consensual, como quaisquer outros regulamentos, é passível da impugnação, quer administrativa quer judicial. O § 570 do APA afirma expressamente que o padrão do juízo de um regulamento consensual é igual a todos os outros regulamentos. Na ordem jurídica portuguesa, também não encontramos institutos capazes de permitir um controlo mais “relaxado” em relação ao regulamento consensual do que outros<sup>44</sup>. Por conseguinte, não vemos no *reg neg* um risco incontrolável do abandono da autoridade funcional da Administração na prossecução dos interesses públicos.

Entretanto, em relação à acusação da normatização do modelo de capture através do *reg neg*, não podemos deixar de manifestar a nossa discordância. Em primeiro lugar, a intervenção direta e formalizada dos grupos de interesses nas decisões administrativas não significa necessariamente a captura do órgão administrativo pelos interesses privados, desviando-se dos interesses públicos na sua decisão. Isto porque como GIANFRANCO PASQUINO observou, “[n]ão se pode avaliar com segurança se as decisões tomadas por intervenção dos Grupos de pressão são mais consoantes com o interesse público ou geral. Primeiro porque é difícil determinar o que seja interesse público, segundo porque não dispomos de outro termo de comparação”<sup>45</sup>. Em segundo lugar, está-se perante um argumento que ignora completamente as aludidas válvulas de segurança envolvidas no próprio *reg neg*<sup>46</sup>. Em terceiro lugar, trata-se de uma discriminação sofista do *reg neg*, uma vez que como BARBOSA DE MELO argumenta na sua defesa da administração concertada, “...uma «administração burocrática», levada a efeito por um meio de um aparelho onde se registam egoísmo idênticos aos que correm na Sociedade, também não pode dar garantias seguras da desejada objectividade das medidas públicas dirigidas ao mundo económico-social”<sup>47</sup>. Ou seja, se quiser arguir o problema de captura, não pode invocá-lo como se fosse um problema exclusivo do *reg neg*: se a ameaça da captura for real, ela existe também nos procedimentos tradicionais – em que, não obstante a racionalidade da decisão seja dominada

---

*reg neg... is to make it clear that the agency will be required to change the proposal in response to meritorious comments received...”. Cf. HARTER, PHILIP, “First judicial review of reg neg a disappointment”, in *Administrative and Regulatory Law News*, vol. 22, n.º 1, Washington D.C., 1996 (Fall), p.13.*

<sup>44</sup> Mas com veremos mais a frente, por mor do nosso entendimento dos interesses públicos, uma certa diferenciação *excepcional* é necessária em relação à latitude da autocontenção do tribunal face a um regulamento consensual – mas diferenciação esta que, realçamos, não advém de uma menor necessidade da defesa dos interesses públicos no regulamento consensual, mas sim de um entendimento mais diversificado dos interesses públicos.

<sup>45</sup> PASQUINO, GIANFRANCO, “Grupos de pressão”, in *Dicionário de Política (Il Dizionario di Politica)*, vol. I, org. BOBBIO, NOBERTO/ MATTEUCCI, NICOLA/ PASQUINO, GIANFRANCO, trad. VARRIALE, CARMEN C. et al., Brasília, 1998, p.570.

<sup>46</sup> De facto, o próprio “pai do *reg neg*” – HARTE – não nega o risco da captura na técnica da negociação. Com efeito, ele afirma que “[i]n the name of direct participation, the ability of some to participate in the regulatory process could effectively be extinguished and major governmental policies unduly influenced by narrow interests. Thus, if consultative procedures were to be used, safeguards had to be constructed to protect the integrity of the resulting decision” (cf. HARTE, PHILIP, “Fear...”, *cit.*, p.1390). Nota-se que a última frase dele dá eco à racionalidade da nossa argumentação, que tem ido no sentido de encontrar mecanismo de controlo para os riscos, em vez de uma rejeição acrítica do *reg neg*.

<sup>47</sup> Cf. MELO, BARBOSA DE, “Introdução...”, *cit.*, p.122.

pelo expertise, a justificação racional pode ser meros “*smokescreens for interest group horse-trading*”<sup>48</sup>. E como argumentam SCHUCK e KOICHEVAR, o *reg neg*, em comparação com os procedimentos tradicionais, até tem a vantagem da “transparência”, desvelando as influências das forças privadas nas decisões administrativas, facilitando assim o controlo do fenómeno da captura<sup>49</sup>.

Já em relação à contestação da deslocação da preocupação da Administração da prossecução dos interesses públicos para a obtenção do consenso, mais empenhos são necessários para clarificar a dúvida de saber se esta é uma verdadeira subversão da intencionalidade axiológica do direito administrativo.

À partida, duas notas são de assinalar: em primeiro, em relação ao sub-argumento de que a Administração não tem impulsos para preocupar-se com a prossecução dos interesses públicos legalmente tipificados, “por ninguém ter os interesses de impugnar um regulamento consensual”; isto não é verdade em Portugal. Isto porque no nosso sistema contencioso que é estruturado não só para proteger os direitos dos cidadãos, mas também para velar pela juridicidade das condutas administrativas; dota da legitimidade processual ativa o Ministério Público na impugnação do regulamento ilegal (art. 77.º CPTA).

Em segundo, curiosamente, a *ratio* deste argumento (não o próprio argumento) – *i.e.* a legitimidade de um regulamento consensual encontra-se especialmente no próprio consenso, em lugar de no seu conteúdo legal e de mérito experto<sup>50</sup> – é reconhecida pelos próprios defensores do *reg neg*. Por exemplo, SCHUCK, ao explorar as vantagens das decisões consensuais, afirmou claramente que “*a bargained solution depends for its legitimacy not upon its objective rationality, inherent justice, or the moral capital of the institution that fashioned it, but upon the simple fact that it was reached by consent of the parties affected*”<sup>51</sup>; HARTER, ao indagar o problema do poder de cognição judicial sobre os regulamentos consensuais, também defende que o padrão de “*arbitrary and capricious check*” para os regulamentos consensuais deve ser ajustado (*tailored judicial review*), tendo em vista que “*that the rule reflects a consensus of the affected parties... ensures that the rule is neither arbitrary nor capricious*”<sup>52</sup> – o que, a nosso ver, indica evidentemente o aludido desvio no paradigma da fonte de legitimidade do regulamento (dos expertise e legalidade à consensualidade); por seu turno, BARBOSA DE MELO ensina que “*na concertação administrativa releva, em rigor, não o conteúdo da decisão ou os efeitos jurídicos, mas o modo ou processo e formação*

---

<sup>48</sup> Cf. SCHUCK, PETER H./ KOICHEVAR, STEVEN, “Reg neg redux...”, *cit.*, p.431.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p.431-432.

<sup>50</sup> V. FUNK, WILLIAM, “When smoke...”, *cit.*, p.92 “*regulatory negotiation finds its legitimacy in the agreement between the parties, rather than in the determination under law of the public interest ...*”; e ROSE-ACKAMEN, SUSAN, “Consensus versus incentives: A skeptical look at regulatory negotiation”, in *Duke Law Journal*, vol. 43, Durham, 1994, p.1218, “[*r*]egulatory negotiation is premised on the idea that the state is searching, not for the ideal answer, but for a solution to which everyone can agree...”.

<sup>51</sup> SCHUCK, PETER, “Litigation, bargaining, and regulation”, in *Regulation*, Washington D.C., 1979 (July), p.31.

<sup>52</sup> Cf. HARTER, PHILIP, “The role...”, *cit.*, p.65.

*dela*”, procedimentalizando assim, por meio do paradigma do consensualidade, a racionalidade do regulamento<sup>53</sup>.

No entanto, o reconhecimento desta mudança normativa não leva os defensores do *reg neg* a confessar a subversão pelo *reg neg* da missão primacial da Administração na prossecução dos interesses públicos. Pelo contrário, o que eles tentam argumentar com base nesta observação é a *analogia entre os regulamentos consensuais e as leis*<sup>54</sup>. Esta argumentação tem grande repercussão na temática da fiscalização judicial dos regulamentos consensuais. Mas sem entrar aqui nesta problemática, o que podemos confirmar é, para os defensores do *reg neg*, a normação negocial não elimina o papel nuclear dos interesses públicos nas atividades administrativas; o que fica transformado é o *modo* da prossecução dos interesses públicos através das atividades administrativas – que, com a participação-negociação dos interessados, passa a assimilar ao modelo legiferante: um modelo subjetivo da determinação dos interesses comuns dos cidadãos – o modelo clássico da *volonté générale*.

Por conseguinte, podemos concluir que em relação à validade desta acusação do *reg neg* pela subversão do papel fundamental da Administração na prossecução dos interesses públicos, e por seu turno, à problemática da compatibilidade do *reg neg* com o sistema jurídico português; o ponto fulcral está em saber o que se deve entender por interesses públicos.

Ora, em relação ao conceito de interesses públicos, apesar de que seja um conceito indeterminado em abstrato e dificilmente determinável com clareza em concreto, é em geral entendido como os interesses fundamentais da determinada comunidade, ou nas palavras de VIEIRA DE ANDRADE, consiste-se em “*manifestação directa ou instrumental das necessidades fundamentais de uma comunidade política*”<sup>55</sup>. Todavia, esta definição não ajuda de nenhum modo resolver o problema indagando – por um lado, esta definição não dá luz sobre a composição destes interesses fundamentais da comunidade; por outro lado, ela não resolve o problema do *meio* da determinação destes interesses na prática.

Na nossa perspectiva, no tocante à composição dos interesses públicos, como estes têm como última referência sempre a própria comunidade, é imprescindível que têm uma base humanista. Quer dizer, os interesses públicos não podem ser perspectivados como algo transcendente aos seres humanos, e pois têm de refletir os interesses dos membros da comunidade. Só que, esta reflexão não significa qualquer redução dos interesses públicos a uma mera suma dos interesses individuais de cada membro da comunidade – que é basicamente improvável numa sociedade pluralista, e até im-

<sup>53</sup> MELO, BARBOSA DE, “Introdução...”, *cit.*, p.95.

<sup>54</sup> Neste sentido: HARTE, PHILIP, “The role...”, *cit.*, p.68; MELO, BARBOSA DE, “Introdução...”, *cit.*, p.95. Veja também HERZ, MICHEAL, “Some thoughts on judicial review and collaborative governance”, in *Journal of Dispute Resolution*, Columbia, 2009 (n.º 2), p. 368 ss. em que o autor, apesar de manter basicamente neutro em relação à temática, dá uma abordagem sintética da teoria da assimilação dos regulamentos consensuais às leis.

<sup>55</sup> ANDRADE, VIEIRA DE, “Interesse público”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. V, Lisboa, 1993, p.275.

possível se adotar uma perspectiva utilitarista dos interesses individuais, segundo a qual cada indivíduo tende a fazer decisões com base nas suas considerações egoísticas sem contemplação dos bens comuns. Destarte, é indispensável um certo “filtro da racionalidade” para que do cosmos dos interesses individuais plurais se possa extrair os verdadeiros interesses da comunidade na sua integridade<sup>56</sup>.

Ora, esta compreensão da composição dos interesses públicos provoca imediatamente a questão sobre o conteúdo do sublinhado “filtro da racionalidade”, que, por seu turno, liga diretamente à questão do *meio* da determinação dos interesses públicos na prática. As respostas para esta questão são várias, cuja exploração exaustiva está indubitavelmente fora do alcance do presente trabalho. Portanto, abordaremos sucintamente somente as duas teorias, na nossa perspectiva, mais extremas nesta problemática, para depois realizarmos uma reflexão crítica e daí tomarmos a nossa posição.

Por um lado, temos a teoria que designamos por “objetivista-parentalista”, em que o filtro é levado a cabo por um ente ou um homem racional, capaz, inteligente e desinteressados (imparcial e altruístico), que, mediante a sua experiência e o seu expertise, consegue decidir por conta dos bens comuns da sociedade. Por outras palavras, esta teoria estriba-se em duas considerações fundamentais: i) a generalidade dos indivíduos é egoística e ignorante, e pois não consegue nem tem a mínima vontade de decidir o que são meritosos para a comunidade na sua integridade, sobretudo quando a concretização destas vantagens comunitárias acarretam sacrifícios, não obstante de curto-prazo, para a sua esfera individual. Ou seja, é atestada aqui uma desconfiança na natureza do ser humano; ii) entretanto, ainda que a generalidade dos indivíduos seja inconfiável na tarefa da decisão por conta dos bens comuns, permanece ainda a esperança da existência de um “super-homen”<sup>57</sup> capaz de altruisticamente guiar a comunidade para um melhor futuro. Donde, em síntese, para a teoria objetivista-parentalista, o “filtro” é cunhado por uma racionalidade de expertise objetivo e é concentrado num homem racional, capaz, inteligente e desinteressados — que é o representante por conta dos interesses comuns da sociedade<sup>58</sup>.

Por outro lado, temos a teoria subjetivista. Segundo esta teoria, os componentes do “filtro” não são o expertise nem as experiências objetivamente precipitadas. Pelo contrário, o “filtro” consiste-se numa retórica em que os interessados, através da comunicação intersubjetiva, chegam a um consenso (aqui, o consenso não significa

---

<sup>56</sup> Desta forma, como VIEIRA DE ANDRADE defende, o interesse público “*não é visto nem como contrapolo absoluto nem como expressão pura dos interesses privados de indivíduos ou grupos, mas como uma grandeza simultaneamente autónoma e compreensiva que engloba a ponderação entre os interesses da comunidade e os interesses particulares...*”. Cf. *ibidem*, p.276.

<sup>57</sup> O mecanismo do surgimento deste “super-homem” varia de acordo com o modelo do Estado em vigor. Se for totalitário, este “super-homem” arroga-se e impõe o seu “super-power” para o povo — um modelo da imposição *top-bottom*. Se for liberal-democrático, este “super-homem” surgirá pelo meio da eleição (mecanismo subjetivo) ou concurso (mecanismo objetivo) — um modelo da legitimação *bottom-top*.

<sup>58</sup> A ideia da “representação” por nós adotada neste contexto é conforme aquela conceção da «*representing as “acting for”*» delineada por HANNA PITKIN: *The Concept of Representation*, California and London, 1967, p.92 ss..

necessariamente uma unanimidade das opiniões; na retórica, a regra é a maioria) julgado como a melhor solução para todos, e daí alcançando os bens comuns. Destarte, para esta teoria, não há ninguém que se emerge como um homem mais racional e inteligente do que os outros, e é pressuposto que todos os indivíduos ajam da maneira “racional” no sentido de que eles decidam sempre da maneira mais benéfica para eles próprios, e a melhor solução para a comunidade em geral será o balanço (em lugar de uma mera soma) entre estas decisões individuais “racionalis”<sup>59 60</sup>.

*Prima facie*, as duas teorias tenham campos de aplicação diferentes, na medida em que, quiçá, a teoria subjetivista explique melhor a tarefa legiferante da definição política dos interesses públicos em abstrato, enquanto a teoria objetivista-parentalista justifique melhor a tarefa administrativa da determinação dos interesses públicos na prática. Contudo, isto é apenas uma ilusão.

Por um lado, ao longo da evolução do Estado de Direito democrático em que predomina o modelo do governo representativo, mesmo que a decisão legislativa se trate do fruto de um debate entre os membros da comunidade através dos seus representantes no parlamento<sup>61</sup>, não podemos esquecer-nos de que os representantes são escolhidos através da *eleição*, cuja função primordial consiste-se em recolher, da maneira mais alargada, as diversas opiniões vigentes na sociedade e daí extrair um consenso que pode refletir a vontade geral do povo em designar, através do seu voto, um certo ou vários candidatos como o(s) dirigente(s) do Estado que têm a *capacidade e inteligência* de gerir o Estado com base nos interesses comuns. Destarte, podemos até dizer que “idealmente”, o parlamento representativo é pressuposto ser um “ente mais capaz, inteligente e racional do que os representados” – manifestação da teoria objetivista. Mesmo para quem não defende esta visão da representação, considerando o governo representativo meramente como um instituto que embalança os interesses egoísticos envolvidos (e.g. MADISON), não ignora que algo não subjetivo (para MADISON, o tempo e não qualquer *super-inteligência* objetiva) é imprescindível para o

---

<sup>59</sup> O pensamento desta teoria subjetivista, a nosso ver, pode ser bem demonstrado por seguintes palavras de HANNA PITKIN, “*the ultimate test of my interest is the satisfaction I experienced when once it is attained. No condition barely imposed upon me by an external agent... can be in my interest, unless I come ultimately to recognize and accept it as such... The common interest of society, therefore, must be what its members feel and accept as their own, and it can be served by no action merely forced nor imposed upon them without their consent and concurrence*”. Cf. PITKIN, HANNA, *The Concept...*, cit., p.160.

<sup>60</sup> Existem várias maneiras plausíveis de densificar esta teoria subjetivista. Para além das teorias de *Public Choice*, consulte também a teoria retórica das decisões políticas (que tange indubitavelmente o modelo da determinação dos interesses públicos, que incluem sempre momento da decisão política) de HABERMAS: v. HABERMAS, JÜRGEN, “La souveraineté populaire comme procédure. Un concept normatif d’espace public”, trad. MARK HUNYADI, in *Lignes*, n° 7, Paris, 1989, p.29-58. É interessante notar que para HABERMAS, o que se importa neste modelo retórico das decisões políticas não são os indivíduos (os arguentes) *per se*, mas sim as opiniões livremente concebidas, que formam um *pool* de fundamentos que racionaliza as decisões. Destarte, HABERMAS fala aqui de “*uma comunicação sem sujeito*” em que se corporiza a “*soberania disseminada*”.

<sup>61</sup> Função de debate esta que, contudo, na nossa perspetiva, fica perdida a partir do momento em que o parlamento é dominado pelos partidos, lidado pelo partido maioritário e funciona com o princípio da maioria. V. LEONG, HONG CHENG, “Democracia e legitimidade: o caso das entidades reguladoras administrativas independentes. Breves reflexões”, Coimbra, 2016, trabalho inédito no momento, p.16 ss..

advento de uma “*mild voice of reason*” capaz de neutralizar e corrigir o egoísmo subjacente<sup>62</sup>. Por conseguinte, na tarefa legiferante da definição dos interesses públicos em abstrato, é quase ineliminável um certo momento objetivista, ainda que não seja sempre parentalista.

Por outro lado, se é verdade que tradicionalmente, no modelo da administração burocrático-autoritária, é acreditado que a determinação dos interesses públicos na prática deve ser atribuída exclusivamente à Administração – a única capaz de cumprir esta tarefa graças ao seu expertise e imparcialidade –, porque só assim pode garantir que o destino de um indivíduo não está submetido à decisão egoística e arbitrária de outro; a sociedade contemporânea justifica que a funcionalidade deste modelo é amiúde limitada. Com efeito, com a extensão das atividades estaduais à área social-económica (que continua a ser verdade no Estado Regulador mesmo que o modelo da ação estadual nesta área seja transformado), a Administração já não é considerada como a única dotada do expertise na matéria. Frequentemente, a Administração até não possui o expertise exigido pela tarefa e é obrigada a recorrer à colaboração dos particulares – como HARTER destacou, às vezes, pode acontecer que os particulares interessados estão na melhor posição de determinar o que sejam relevantes para a resolução dos assuntos “*all within the context of the agency’s authority*”<sup>63</sup>. Além disso, em virtude da popularização dos expertises, que dá lugar aos conflitos entre os peritos, o expertise também já não pode ser acolhido como algo puramente objetivo<sup>64</sup>. Ademais, numa sociedade pluralista, nem todas as questões emergentes precisam de uma resposta profissional objetiva de “sim ou não” ou “certo ou errado”; mormente nas questões às quais está subjacente uma tensão da natureza mais política que técnica entre os interessados (as diferentes frações na sociedade pluralista), o que se ajusta melhor para o bem da comunidade será uma solução concertada em vez de uma solução imposta em nome do expertise<sup>65</sup>. Tudo isto indica que, para além de não podermos depender exclusivamente do expertise da Administração na determinação dos interesses públicos na prática, o modelo subjetivista é necessário para complementar o modelo objetivista em crise.

Ora, com isto não pretendemos desvalorizar o modelo objetivista, uma vez que para nós, existem casos em que, pela tecnicidade da questão em causa, o modelo ideal será indubitavelmente o objetivista. Mas já ousamos defender que seja incompleta a doutrina que defende que só por meios objetivos (*maxime*, expertise) se consegue

---

<sup>62</sup> Apud, PITKIN, HANNA, *The Concept...*, cit., p.193 ss..

<sup>63</sup> V. Harter, Philip, “The role...”, cit., p.65.

<sup>64</sup> Neste sentido, BALDWIN, ROBERT/ CAVE, MARTIN/ LODGE, MARTIN, *Understanding Regulation, Theory, Strategy and Practice*, Oxford, 2012, p.30.

<sup>65</sup> Neste sentido, SCHUCK, “Litigation...”, cit., p.31, parafraseando “*the problems around which many (and perhaps the most important) social conflicts turn have no “right” or “wrong” answer in any moral or even technical sense. Such conflicts are best resolved through a mechanism based not upon principle but upon pragmatic accommodation and adjustment*”. Também, BALDWIN, ROBERT/ CAVE, MARTIN/ LODGE, MARTIN, *Understanding...*, cit., p.30, que, porém, contextualiza a propósito da sociedade de risco em vez da sociedade pluralista.

alcançar a determinação dos interesses públicos na prática e a sua prossecução. Esta última afirmação deixa-nos justificadamente rejeitar a mencionada posição crítica de FUNK, que pressupõe uma corte nítida entre a conceção dos interesses públicos e “*the public choice or interest representation models of the administrative state*”, defendendo uma conceção puramente objetivista dos interesses públicos<sup>66 67</sup>.

Agora, aquilatando a compatibilidade do *reg neg* com o estatuto constitucional da Administração Pública portuguesa cuja missão primacial é a prossecução dos interesses públicos à luz desta visão mais diversificada no tocante ao meio da determinação dos interesses públicos na prática, sentemo-nos legítimos a defender que o *reg neg*, para além de não violar o estatuto constitucional da Administração Pública, é até uma técnica pertinente para *complementar* (mas não substituir) o modelo tradicional objetivista na determinação dos interesses públicos na tarefa da normação administrativa. Em concreto, o *reg neg* introduz eficientemente uma plataforma para a determinação intersubjetiva dos interesses públicos, que, para além de potenciar uma comunicação das opiniões individuais dos interessados privados (dimensão subjetivista da determinação dos interesses públicos), possibilita um intercâmbio dos expertises, aperfeiçoando a dimensão objetivista da determinação dos interesses públicos na prática. Mesmo que num certo caso não aconteça este intercâmbio dos expertises, a participação da Administração na negociação implica que o consenso eventualmente obtido não é um acordo puramente subjetiva, mas sim um acordo intersubjetivo, qualificado e cunhado pela posição objetiva especialista e imparcial da Administração – recorde que a Administração, como quaisquer participantes na negociação, goza do veto no *reg neg*; portanto, se consenso (unanimidade) for obtido, isto significa (deve significar) que este consenso conseguiu passar “preliminarmente” o crivo do expertise e racionalidade objetiva-imparcial da Administração. Além disso, reiteramos que o *reg neg* é só uma fase integrada no procedimento regulamentar. Noutras fases, nada obsta a que a Administração determina os interesses públicos objetiva e imparcialmente.

Por conseguinte, podemos afirmar que o *reg neg* é totalmente compatível com o estatuto constitucional da Administração Pública portuguesa. Ele não rompe de nenhum modo a missão constitucional da Administração de prosseguir interesses públicos. O que ele implica é só um *enriquecimento dos meios da determinação dos interesses públicos pela Administração*. Ou seja, o aludido “filtro da racionalidade” que extrai interesses públicos dos conflituais interesses dos membros da comunidade passa a ser um *filtro híbrido* nas decisões administrativas, possuindo momento subje-

<sup>66</sup> V. FUNK, WILLIAM, “Bargaining...”, *cit.*, p.1383 ss..

<sup>67</sup> Neste sentido, SCHUCK, PETER H./ KOICHEVAR, STEVEN, “Reg neg redux...”, *cit.*, p.437 ss..

tivista e momento objetivista<sup>68 69</sup>.

<sup>68</sup> E não há indícios de que este *filtro híbrido* dá lugar aos regulamentos mais “fluxos” na prossecução dos interesses públicos, em comparação com o tradicional filtro objetivo. Como HARTER argumentou, até existem indícios de que os regulamentos consensuais, por vezes, são mais restritivos do que aqueles emitidos através do procedimento tradicional – que subverte a impressão estereotipada de que o *reg neg* é um instrumento perigoso que potencia uma relativização/ enfraquecimento da satisfação dos interesses públicos. Só que o autor não dá exemplos para justificar a sua observação. V. HARTER, PHILIP, “Fear...”, *cit.*, p.1403-1404.

<sup>69</sup> Ora, a integração de um momento subjetivista da determinação dos interesses públicos no procedimento regulamentar acarreta consequências jurídico-normativas. Designadamente, isto significa que os interesses públicos assim determinados envolve uma certa perspetiva subjetiva dos seus interessados.

A nosso ver, esta novidade deve ter repercussão na fiscalização judicial dos regulamentos consensuais através dos princípios que i) guiam a tarefa administrativa na prossecução dos interesses públicos; mas ii) cuja fiscalização jurisdicional implica uma “disparidade de vistas” entre o poder judicial e o poder administrativo, em lugar de um “*«accertamento» de vícios*” pelo poder judicial (as terminologias entre aspas são tiradas de SOARES, ROGÉRIO, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955, p.339). [Para já, imagine que a ação seja intentada pelo Ministério Público, para não entrar já na questão da legitimidade dos particulares na impugnação do regulamento consensual]

Em concreto, estamos a problematizar a aplicabilidade dos princípios “modernos” que juridicizam a esfera de mérito da Administração na fiscalização dos regulamentos consensuais (e também dos atos administrativos consensuais) – por exemplo, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito e o princípio da eficiência (na nossa perspetiva, o princípio da eficiência é um princípio jurídico e justificável. Sobre isto, deixe-nos remeter para o nosso outro trabalho: “O princípio da eficiência no “*cosmos*” da ilicitude da responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração”, Coimbra, 2016, trabalho inédito no momento, p.6-9 e p.15-21 (sobre a juridicidade) e p.31-36 (sobre a jurisdicibilidade)).

Na nossa perspetiva, mesmo que não seja sem dúvidas, preferimos defender a *não* aplicabilidade deste tipo dos princípios na fiscalização de uma decisão administrativa consensual. Isto porque como se salientou, estes princípios, no momento do controlo judicial, implicam necessariamente um confronto entre a perspetiva judicial e a perspetiva administrativa, e a sua juridicização e justificabilização arreiga-se fundamentalmente numa finalidade axiológica do Estado de Direito da proteção dos cidadãos face às atuações administrativas e a garantia da prossecução efetiva dos interesses públicos pela Administração. Por enquanto, nas decisões administrativas consensuais, o que está em causa já não é uma pura perspetiva da Administração em relação ao assunto, mas uma perspetiva administrativa aceita consensualmente pelos interessados privados. Por conseguinte, o eventual confronto das perspetivas no momento da fiscalização *será (também) um cotejo entre a perspetiva judicial e a perspetiva dos próprios interessados*. Desde modo, se forçosamente privilegiasse a perspetiva judicial, para além de estar fora da finalidade da consagração deste tipo de princípios que não visa em nenhum momento um parentalismo judicial, estaria a eliminar a democraticidade de uma decisão consensual. Por isso, se as condições de aplicação do *reg neg* forem bem observadas, os interesses bem representados e o consenso bem formado, julgamos que os regulamentos consensuais deverão ser isentos da fiscalização judicial à luz daqueles princípios que juridicizam a esfera de mérito da Administração.

E agora, arreigando-se nesta racionalidade (rejeição do parentalismo judicial e preservação da democraticidade da decisão consensual), julgamos que a autocontenção judicial deverá também ser correspondentemente reforçada quando a parte concertada situar-se na “*zona da proteção legal disponível ou conformável pela vontade dos particulares*” – imagine um caso hipotético em que a lei impõe a consagração regulamentar das “medidas menos restritivas para os interesses dos particulares” e a Administração realizou *reg neg* para esta tarefa da regulamentação: se estivermos perante uma *proteção disponível*, porque é que deixa o tribunal julgar ilegal o regulamento consensual por considerar que a solução adotada não é uma “medida menos restritiva” quando os particulares afetados pelo regulamento concordaram que a solução concertada “homologada” pelo regulamento é a melhor solução para eles (supondo que o consenso é legitimamente obtido)?

Todavia, fora destas hipóteses justificadas (e outras hipóteses analógicas), julgamos que já não deve haver uma diferenciação geral de tratamento entre os regulamentos consensuais e os restos no

2) O *reg neg* implica uma delegação ilegítima do poder público normativo para os grupos de interesses privados?

Como temos antecipado, a resolução desta segunda pergunta é facilitada pelo percurso indagatório que percorremos na investigação da primeira problemática. Explicaremos porquê:

Na parte anterior, salientámos reiteradamente que o *reg neg* é apenas uma nova fase no procedimento regulamentar, e que nela, participa ativamente também a Administração, cujo direito de veto é uma válvula de segurança que garante que o consenso obtido não é uma proposta capturada pelos interesses privados egoísticos. Aliás, assinalámos que o *reg neg* não implica uma delegação da tarefa administrativa da determinação dos interesses públicos para os grupos de interesses envolvidos na negociação; mas sim uma técnica que permite as opiniões particulares sejam refletidas diretamente no conteúdo do regulamento, sem eliminar o papel imparcial e objetivo da Administração na determinação dos interesses públicos – e co-determinação dos interesses públicos esta que não dilui a autoridade da Administração, uma vez que a Administração não é limitada por qualquer vínculo negocial de “homologar” a proposta consensual – nas fases posteriores ao *reg neg*, é totalmente legítimo que a Administração opta por outra solução sem que pretira os ditames da boa-fé objetiva. Por conseguinte, o poder normativo público está ainda na mão da Administração. O que está a ocorrer no *reg neg* é uma colaboração (*ativa e constitutiva, e não meramente passiva e responsiva*) dos particulares na determinação dos interesses públicos, e não uma verdadeira delegação do poder normativo público para os particulares.

Mesmo para quem argumenta que no *reg neg* existe uma delegação *de facto* do poder normativo público para os particulares, não vejamos fundamento suficiente para arguir a incompatibilidade do *reg neg* com a ordem jurídica portuguesa. Sem entrar diretamente na questão complexa da delegação do poder público nos particulares, que merece uma problematização autónoma inalcançável pelo presente trabalho<sup>70</sup>, justificaremos a nossa posição essencialmente por argumento lógico.

Na ordem jurídica portuguesa, é legalmente permitida a celebração dos con-

---

âmbito da fiscalização judicial. Daí, não subscrevemos à doutrina de HARTER, que defende *de modo geral* uma maior autocontenção dos tribunais na fiscalização dos regulamentos consensuais. V. HARTER, PHILIP, “The role...”, *cit.*, p.60 ss..

Afinal, recordamos que na doutrina norte-americana, o âmbito do poder de cognição dos tribunais na fiscalização dos regulamentos consensuais é uma temática de grande discussão. Sobre isto, além do citado artigo de HARTER, consulte: WALD, PATRICIA, “Negotiation of environmental disputes: a role for the courts?”, in *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 10, New York, 1985, *maxime* p.17 ss.; *idem*, “ADR and the courts: an update”, in *Duke Law Journal*, vol. 46, Durham, 1997, *maxime*, p.1457 ss.; HERZ, MICHEAL, “Some thoughts”, *cit.*, *maxime*, p.367 ss.; e CHOO, ROBERT, “Judicial review...”, *cit.*, p.1069-1120. mormentenovidade tem grande ine uma certa perspetiva subjetiva dos seus interessados. A nosso ver, esta novidade tem grande in

<sup>70</sup> Sobre esta problemática, remetemos para GONÇALVES, PEDRO, *Entidades Privadas com Poderes Públicos. O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Coimbra, 2008, p.932 ss..

tratos públicos sobre o exercício dos poderes públicos, que, designadamente, podem ter como objeto a determinação do conteúdo discricionário do regulamento<sup>71</sup>. Nestas hipóteses, a participação dos particulares no exercício do poder normativo público é mais do que uma colaboração ativa e constitutiva na determinação de uma solução dos interesses públicos, consubstanciando-se numa verdadeira coconstituição/ coautoria da decisão autoritária, em que é muito mais verosímil do que no *reg neg* a alegada delegação *de facto* do poder regulamentar, e até pode verificar uma delegação *de iure* deste poder.

Assim sendo, se o legislador português autoriza a coautoria público-privada do regulamento, *a maiore ad minus*, deve permitir também a mera colaboração ativa e constitutiva dos particulares no exercício do poder regulamentar, que é o caso do *reg neg*.

### 3) O legislador ordinário português abre margem para a implementação do *reg neg*?

Como o direito administrativo não funciona com o princípio da liberdade, mas o princípio da legalidade, a compatibilidade de uma certa nova figura com a ordem jurídica constitucional e com a intencionalidade axiológica do próprio direito administrativo não significa automaticamente a sua aplicabilidade válida e vigente na prática. Em regra, é necessária uma lei, nem que seja “criada” pela via interpretativa ou integração, que autoriza a respetiva aplicação; *salvo* existam disposições constitucionais ou da outra ordem jurídica superior diretamente aplicáveis que possam servir como o fundamento jurídico imediato destas novas figuras.

No CPA antigo, em que a regulação legal dos procedimentos regulamentar já era escassa, não existia uma norma legal expressa que autorizava, nem que seja implicitamente, o *reg neg*. Se pretender justificar a legalidade do *reg neg*, a nosso ver, a única maneira plausível seria, em primeiro extrair das várias autorizações legais especiais do procedimento do ato administrativo consensual uma permissão legal geral da adoção do ato administrativo consensual, e depois aplica-a extensivamente para o procedimento regulamentar. A mera invocação do princípio da participação não seria suficiente uma vez que, na nossa interpretação, a finalidade da consagração deste princípio (no então art. 8.º) consiste-se sobretudo em criar para a Administração um *dever* especial de garantir a participação dos particulares, sobretudo os interessados, no procedimento administrativo; ele não visa especialmente outorgar à Administração um *direito* geral da modelação do procedimento administrativo à luz do pensamento democrático vigente. No entanto, já pode questionar se o princípio constitucional

---

<sup>71</sup> Nota-se que no CPA, o art. 98.º/2 prevê só a hipótese da celebração do acordo de trâmite procedimental no procedimento regulamentar, não mencionando a possibilidade de contratualizar o conteúdo discricionário do regulamento. Por isso, *prima facie*, a interpretação literal exegética das normas do CPA levaria-nos a rejeitar a possibilidade da celebração do contrato público que contratualiza o exercício do poder discricionário regulamentar.

Todavia, não seguimos esta interpretação. Pensamos que é mais pertinente a doutrina que aceita a possibilidade *de iure condito* da celebração de tais contratos, fundamentando-se sobretudo no princípio da autonomia pública contratual consagrado no art. 278.º CCP. Cf. MONIZ, ANA RAQUEL, “Procedimento Regulamentar”, *cit.*, p.415.

democrático, que vincula e orienta o exercício do poder administrativo, é diretamente aplicável, servindo como o fundamento jurídico imediato do *reg neg*.

Por ora, no novo CPA, a legalidade do *reg neg* fica já muito mais clara. O legislador, acompanhando o pendor corrente da flexibilização procedimental, consagra expressamente no art. 56.º o princípio da adequação formal, que concede, de modo geral, uma discricionariedade procedimental à Administração, cujo exercício dentro dos limites legais é, entre outros, orientado pelos “*interesses públicos da participação, da eficiência, da economicidade e da celeridade na preparação da decisão*”. Por isso, mesmo que não esteja previsto nem regulado expressamente o regime do *reg neg*, a Administração está legalmente habilitada de aproveitar o poder discricionário procedimental, realizando *reg neg* para os casos que se justificam. E o *reg neg*, em abstrato, desde que se reúnem as mencionadas condições da sua utilização, está perfeitamente dentro das *ratio legis* e *ratio iuris* da adequação procedimental – recorde que o *reg neg*, para além de estar cunhado primariamente por uma teleologia de promoção da participação dos particulares na normação administrativa (valor democrático), é defendido como uma técnica adequada para acelerar o procedimento regulamentar – normalmente moroso quando está em causa assuntos controversos – (valor da celeridade), e elaborar uma *better rule* com alargada aceitação pelos interessados, prevenindo a litigância e atenuando o problema da resistência ao leal cumprimento (o valor da eficiência). Ademais, não encontramos nas legislações vigentes disposições que proíbem em geral a realização do *reg neg*<sup>72</sup>.

Em conclusão, depois de ter resolvido estas três questões fundamentais, não podemos deixar de advogar a validade do *reg neg* com o direito administrativo português e a sua validade e vigência legal. Contudo, deixe-nos repetir, não se deva esquecer de que a adoção do *reg neg* está (deve estar) sujeita a um conjunto das condições estritas que garante quer a juridicidade quer o mérito da sua realização na prática.

#### **4. As posições dos administrados face ao regulamento consensual (o problema da legitimidade na impugnação judicial ou administrativa)**

Uma nota prévia a tomar antes de explorarmos a problemática é: ao discutirmos as posições dos administrados – a sua legitimidade na impugnação – face a um regulamento consensual, concentramo-nos só nos casos em que o *reg neg* foi *legitimamente* realizado, designadamente com o cumprimento cabal das condições da sua

---

<sup>72</sup> Na nossa perspetiva, não devemos interpretar o art. 41.º da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras (Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto) como a consagração legal de uma regra rígida que fixa definitivamente o procedimento regulamentar das entidades reguladoras, que rejeitaria a possibilidade do *reg neg*. A nosso ver, o fim da norma em causa é a garantia da participação dos interessados no procedimento regulamentar, pelo que não se devem afastar as alternativas que permitem uma participação mais ativa e dinâmica dos interessados, democratizando o procedimento regulamentar. Além disso, como a vigência desta Lei é anterior ao novo CPA, a sua leitura deve ser complementada pelo espírito deste último, que apela, como vimos, a nível dos trâmites procedimentais, a arte da adequação formal do procedimento.

utilização. Isto porque se não forem observadas estas condições que visam garantir a juridicidade e o mérito do *reg neg*, as posições dos administrados serão sempre prejudicadas (imediate ou reflexivamente); mas aí, em bom rigor, os problemas que se colocam já *não* são sobre as posições dos administrados face ao próprio regulamento consensual (a sua legitimidade na respetiva impugnação), mas sim a impugnabilidade do regulamento com base nos vícios procedimentais (problema da invalidade imediata) ou nos vícios cometidos na prática de alguns atos endoprocedimentais (problema da invalidade derivada) dentro da fase do *reg neg* – que se consubstancia noutra linha da problematização<sup>73</sup>.

Por outro lado, a nossa indagação é circunscrita só ao problema da legitimidade dos particulares na impugnação da *parte concertada do regulamento consensual* – tendo em conta que o regulamento consensual pode conter outros aspetos não abrangidos ou não abrangíveis pelo consenso (e.g. valores jurídicos não disponíveis e aqueles conteúdos impostos por leis sem margem da discricionariedade administrativa), sobre os quais o juízo da legitimidade processual não deve ser influenciado –; questionando se a “aprovação antecipada” pelos participantes privados da parte concertada do regulamento consensual terá algumas repercussões na sua legitimidade e na legitimidade dos não participantes no momento da impugnação desta parte concertada.

Para ilustrar melhor os casos em que o problema se pode colocar, pode pensar na seguinte hipótese: a lei habilitante estipula que a Administração, ao emitir regulamentos para concretizar a presente lei, deve optar pela “solução menos restritiva para os interesses privados envolvidos”. A Administração realizou *reg neg* legitimamente e os participantes concordaram numa determinada solução – considerada consensualmente como a melhor simultaneamente para os interesses públicos e os interesses privados. Esta solução depois foi “homologada” como o conteúdo final do regulamento. Podem então os particulares afetados pelo regulamento impugnar administrativa ou judicialmente o regulamento, alegando que a solução adotada é ilegal por não ser “a solução menos restritiva para os interesses privados envolvidos”?

Como se vê, trata-se de uma problemática da grande relevância prática. Todavia, a experiência norte-americana não ajuda muito na sua resolução porque por um lado, o sistema norte-americano da impugnação dos regulamentos é diferente do nosso; por outro lado, a doutrina e jurisprudência norte-americana não tem desenvolvido com pormenores esta temática, mormente porque não há muitos litígios que envolvem a impugnação da parte concertada de um regulamento consensual e daí se falta dos casos práticos para a formação de *case law*<sup>74</sup>.

Tendo esclarecido a linha da nossa problematização, vamos investigar em primeiro a posição (a legitimidade) dos participantes privados na impugnação da parte concertada dos regulamentos; e depois a posição dos interessados-não-participantes.

---

<sup>73</sup> Todavia, não se trata de uma problemática totalmente isolada da nossa indagação. Como veremos, esta problemática será ocasionalmente levantada.

<sup>74</sup> Como observa a Juíza WALD, há um conjunto das questões pertinentes sobre o *reg neg* que ainda não ficam resolvidas. V. WALD, PATRICIA, “ADR...”, *cit.*, p.1457 ss..

#### 4.1. A posição dos participantes

Para clarificar a posição dos participantes-particulares em relação à parte concertada do regulamento consensual (a sua legitimidade na respetiva impugnação), o primeiro problema fulcral a solucionar tange a natureza do consenso obtido na fase do *reg neg*.

A resolução não é fácil uma vez que, na experiência norte-americana, este consenso é vulgarmente designado como um “*agreement*” em que segundo a prática, envolve o ato da assinatura dos participantes e a declaração destes no sentido de não irem impugnar o regulamento final se este “homologar” o projeto consensual. Por isso, *prima facie*, parece que estivéssemos perante um contrato público endoprodecimental sobre o exercício do poder regulamentar. Todavia, de facto, a terminologia “*agreement*” é usado de maneira imprópria, já que como o Juiz POSNER tem afirmado claramente na primeira fiscalização do regulamento consensual, “*the [NRA] does not envisage that the negotiations will end in a binding contract*”<sup>75</sup>. A doutrina e jurisprudência norte-americana também maioritariamente confirma que deste “*agreement*” não nascem quaisquer vinculações jurídicas<sup>76</sup>. Uma posição diferenciada será a da Juíza WALD, para quem não existe nada no próprio NRA nem no direito administrativo americana em geral que proíbe a Administração a autorizar o seu representante no comité de negociação a assumir esta auto-vinculação (na forma de uma promessa), só que esta promessa não deve ser passível da execução judicial uma vez que “*agency officials must and do act in the public interest and that they should not be weighted down by prior commitments to interested parties*”<sup>77</sup>. Destarte, substancialmente dito, a posição da Juíza WALD não se distancia muito da posição maioritária. Podemos assim dizer que nos Estados Unidos, é unanimemente defendido que o “*agreement*” obtido na fase do *reg neg* não tem força jurídica vinculativa própria. Perspetivando à luz da teoria geral de contratos no direito português, parece que também não haja lugar para defender a natureza contratual deste “*agreement*” não vinculativo, tendo em conta que o que marca a essência nuclear dos contratos é o princípio do *pacta sunt servanda*.

No entanto, a confirmação da natureza não contratual deste “*agreement*” meramente com base nestas observações da doutrina norte-americana é, de facto, prematura; uma vez que como se nota, as considerações tecidas pela doutrina norte-americana focam-se principalmente no problema da auto-vinculação da Administração pelo dito “*agreement*”, deixando a problemática da vinculação (ou não) dos

<sup>75</sup> *Ob. cit.* p.715.

<sup>76</sup> V. HARTER, “Assessing...”, *cit.*, p.34-15; *idem*, “Judicial review...”, *cit.*, p.12, salientando que a execução deste acordo é política e não jurídica; LUBBERS, JEFFREY S., “Achieving policymaking...”, *cit.*, p.989; CHOO, ROBERT, “Judicial review...”, *cit.*, p.1078, nota 59.

<sup>77</sup> Cf WALD, PARTICIA, “ADR...”, *cit.*, p.1469.

participantes privados humildemente desenvolvida<sup>78</sup>. E esta problemática de facto é importantíssima na qualificação da natureza jurídica do “*agreement*” e o regime aplicável, dado que, em direito português, temos a figura do *contrato unilateral*, do qual nascem obrigações vinculantes (principais) apenas para uma das partes – *in casu*, seria a obrigação jurídica de não impugnar a parte concertada do regulamento para os participantes privados.

Na nossa perspetiva, porém, nem sequer existe aqui um contrato unilateral com obrigações apenas para os participantes privados.

Em primeiro lugar, a defesa da celebração do contrato unilateral não é justificável à luz das finalidades do *reg neg*, que visa antes de tudo a elaboração de um regulamento aceitável quer para os interesses públicos quer para os interesses privados, não tendo qualquer propósito de ordenar um regulamento inimpugnável pelos participantes privados que aceitam o projeto negociado. Aliás, não se esqueça de que o *reg neg* se situa exatamente no intermédio entre a participação-auscultação dos particulares (o mínimo) e a participação-coconstituição (o máximo), consubstanciando-se numa forma da administração concertada, mas sem sublimar-se à administração contratual. Por isso, um atento respeitoso à finalidade originária e a função própria da figura do *reg neg* conduz-nos a rejeitar a tese do contrato unilateral.

Em segundo lugar, para haver contrato, é imprescindível uma intenção das partes na assunção de um acordo *vinculativo*<sup>79</sup>. No caso do *reg neg*, não nos parece que exista esta intenção quer da parte dos particulares quer da parte da Administração. O que os participantes pretendem com o *reg neg* é primariamente um intercâmbio das opiniões que enriquecerá o conteúdo do regulamento e uma composição mais dinâmica e democrática dos interesses públicos, e não o estabelecimento de um vínculo contratual. Ademais, na prática, não será razoável uma interpretação no sentido de que os participantes privados têm *objetivamente* a intenção de assumir uma obrigação contratual sem qualquer contraprestação assumida por parte da Administração. Se, pelo contrário, fosse provado que as intenções reais das partes sejam no sentido da celebração de um contrato (unilateral), o que estaria em causa materialmente já não é *reg neg*, mas um procedimento endoprocedimental contratual<sup>80</sup>.

Todavia, esta nossa rejeição da tese do contrato unilateral não significa a nossa confirmação da impugnação “totalmente livre” da parte concertada do regulamento consensual pelos participantes privados *que têm voluntariamente aceitado-a* mediante o exercício do seu direito do voto no comité de negociação (ainda que esta aceitação seja antecipada à emissão do regulamento). Isto porque não podemos ignorar que por um lado, os contratos não esgotam o leque dos negócios jurídicos (temos ain-

---

<sup>78</sup> Como WALD observou, trata-se de uma das questões relevantes não resolvidos do *reg neg*. Cf. WALD, PATRICIA, “ADR...”, *cit.*, p.1464 e 1466. A Juíza também deixou a problemática por resolver.

<sup>79</sup> Cf. VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, Coimbra, 2013, p.217.

<sup>80</sup> E parece-nos que, com regor, este contrato unilateral não será subsumível à categoria de “contrato sobre o exercício do poder público”, porque a obrigação oriunda deste contrato vincula só os participantes privados, não criando obrigação contratual para a Administração Pública no exercício do seu poder regulamentar.

da os negócios jurídicos unilaterais); e por outro lado, as vinculações jurídicas não têm com fonte apenas os negócios jurídicos – temos vinculações jurídicas não negociais. Destarte, o que investigaremos a seguir consiste-se em saber se deste ato de aceitação antecipada dos participantes privados nasce qualquer vinculação jurídica não contratual que pode afetar a sua posição (a sua legitimidade) na impugnação da parte concertada do regulamento consensual. Isto implica um estudo da natureza deste ato de aceitação (e não o consenso em si).

Antes de mais, não podemos deixar de rejeitar qualquer tentativa que qualifica este ato de aceitação como um *simples ato jurídico de pré-saneamento da anulabilidade e/ ou desmérito* – que produz efeito preclusivo do direito de impugnar. Esta tese é totalmente incompatível com o nosso entendimento sobre a compatibilidade do *reg neg* com a missão constitucional da Administração da prossecução dos interesses públicos.

Com efeito, se o regulamento consensual, *inclusive* a parte concerta, for inválido, ele deve ser, em regra, impugnável pelos particulares afetados, tendo em vista que a validade da decisão administrativa não é disponível nem pelos particulares nem pela Administração. Mesmo naqueles casos *excepcionais* dos “*princípios que juridicizam o mérito administrativo*” e da “*zona da proteção legal disponível ou conformável pela vontade dos particulares*”, sobre os quais defendemos que a existência do consenso que tange este aspeto limitará o poder de cognição judicial (v. *supra*, nota 69), não estamos perante um caso do pré-saneamento da anulabilidade do regulamento oriunda e.g. da desconformidade com aqueles princípios especiais – porque se recordar a nossa justificação para este limite do poder de cognição judicial, não defendemos aqui uma antijuridicidade não reconhecível pelos tribunais, mas uma zona da juridicidade “especial” não reformulável pelos tribunais: um limite para a “disparidade de vista” dos tribunais.

Entretanto, o novo modo da determinação dos interesses públicos introduzido pelo *reg neg* não faz com que o consenso é uma solução sempre de mérito<sup>81</sup>. A Administração, designadamente nas fases posteriores ao *reg neg*, tem um papel fundamental em assegurar o mérito do regulamento. Se a Administração falhar em cumprir a sua missão, o desmérito do regulamento não poderá ser neutralizado nem sanável pela existência do consenso, sob a pena de violar a vinculação das decisões administrativas ao princípio da prossecução dos interesses públicos – a solução contrária conduziria à incompatibilidade do *reg neg* com o estatuto constitucional da Administração Pública.

Agora, sem incorrer nesta “inadmissibilidade jurídico-constitucional”, uma das hipóteses plausíveis é a qualificação deste ato de aceitação como um *negócio jurídico unilateral da renúncia (sob a condição de o regulamento “homologar” o projeto consensual) da posição jurídica substantiva, que produz efeito prático preclusivo*

<sup>81</sup> Assim sendo, aproximamo-nos mais à posição de WALD, que defende que consenso não é um sinónimo da falta da arbitrariedade, e pois consenso não é igual a mérito. V. WALD, PATRICIA, “Negotiation...”, *cit.*, p.23. Distanciamos assim da posição de HARTER, que advoga que “[t]hat the rule reflects a consensus of the affected parties... ensures that the rule is neither arbitrary nor capricious”. V. HARTE, PHILIP, “The role...”, *cit.*, p.65.

*da associada faculdade de impugnar atos que a afetaram*. Trata-se, a nosso ver, de uma posição cabalmente defensável face à natureza do *reg neg* que envolve sempre a dinâmica de *trade-offs* entre os participantes, que podem perfeitamente implicar uma restrição ou mesmo renúncia da certa posição jurídica substantiva disponível e renunciável em troca dos outros benefícios legítimos. Todavia, na prática, esta posição encontra dois grandes obstáculos. Em primeiro lugar, os *trade-offs* nem sempre envolvem restrição ou renúncia das posições jurídicas substantivas: por um lado, o sacrifício pode ser, *e.g.*, a mera imposição das condições no exercício destas posições substantivas; por outro lado, o sacrifício pode não ter como objeto posições jurídicas substantivas, mas *e.g.* meras vantagens de facto. Em segundo lugar, mesmo que os *trade-offs* envolvam sacrifícios das posições substantivas, para que isto se possa consubstanciar num negócio jurídico (da renúncia), é necessário que o sujeito em causa tem a intenção de correspondentes efeitos jurídicos<sup>82</sup>. Só que como referimos, na prática, é difícil provar de maneira razoável e objetiva esta intenção, salvo se conheça a vontade real do sujeito. Por isso, concluindo, embora a tese da renúncia das posições substantivas seja defensável, ela não é uma qualificação aplicável a *todos* os casos nem a *todos* os participantes – tudo depende do conteúdo do *trade-off* em causa e da intenção manifestada pelos participantes.

Entretanto, outra qualificação próxima plausível será o *negócio jurídico unilateral da renúncia (sob a condição de o regulamento “homologar” o projeto consensual) da faculdade de impugnar*. Trata-se de uma qualificação, quiçá, mais conforme o conteúdo *literal* típico da declaração prestada pelos participantes no momento da assinatura do projeto negociado (experiência norte-americana), que normalmente se consiste numa declaração-promessa de não irem impugnar o regulamento caso este tiver um conteúdo que corresponde ao consenso. No entanto, como no caso anterior, a admissibilidade teórica desta qualificação sofre limitação prática decorrente da dificuldade da existência da “intenção de efeito jurídico”, sem a qual, não teremos negócio jurídico.

Ora, se a existência da renúncia depender da presença – praticamente inexistente – da intenção dos participantes de efeito jurídico, isto significa que a eventual afetação (ou não) da legitimidade dos participantes na impugnação da parte concertada do regulamento consensual *não resulta* do funcionamento do próprio *reg neg*, mas da intenção própria dos participantes. O *reg neg* pode funcionar perfeitamente sem o momento da realização do negócio jurídico da renúncia (com conteúdo substantivo ou processual) pelos participantes. A Administração também não deve vetar o projeto negociado, muito menos rejeitar a “homologação” do projeto consensual *meramente* em virtude da não renúncia dos participantes, tendo em conta que a decisão da Administração deve ser sempre guiada pelo fim último da prossecução dos interesses públicos, e a aptidão do projeto negociado de satisfazer os interesses públicos é, em princípio, independente de os participantes privados renunciarem ou não as suas posições sub-

---

<sup>82</sup> V. PINTO, CARLOS MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 2012, p.380-383.

stantivas ou a sua faculdade de impugnar.

Donde, sem negar a plausibilidade teórica de qualificar o ato de aceitação dos participantes privados como uma renúncia, a consequente vinculação negocial que preclui a sua legitimidade de impugnar a parte concertada do regulamento consensual não é algo inerente ao *reg neg*. Por outras palavras, não se trata de uma influência ineludível do *reg neg* na posição dos particulares.

Todavia, se alargarmos o horizonte de investigação, não cingindo na procura da vinculação *negocial* dos participantes decorrente do seu ato de aceitação, olhando para a zona da vinculação jurídica *não negocial*, podemos de facto encontrar substrato normativo suscetível de limitar a legitimidade de impugnar a parte concertada pelos participantes. Desvelando, este substrato normativo é o princípio da boa-fé e em especial o princípio do *venire contra factum proprium non valet*, que, no nosso entendimento, se trata do valor axiológico-normativo máximo que se subjaz a todas as formas da administração concertada<sup>83</sup>, cuja violação tem como consequência principal “a inibição do exercício de poderes jurídicos ou direitos, em contradição com o comportamento anterior”<sup>84</sup>.

Explicando, no momento da conclusão da fase do *reg neg*, todos os participantes têm o direito de escolher livremente entre votar a favor ou vetar o projeto final negociado. Se eles votarem a favor, assinando o projeto negociado, isto significa racionalmente a sua aceitação do conteúdo deste projeto-produto do *reg neg*. Este ato de aceitação, *independentemente da intenção dos participantes*, constitui uma situação objetiva da confiança na esfera da Administração e dos outros participantes, pelo que estes, estando de boa-fé, podem contar com isto para a sua atuação posterior. Por isso, quando a Administração, dentro da sua missão da prossecução dos interesses públicos, “homologar” o projeto consensual como o conteúdo do regulamento, ela realiza um “investimento da confiança”. Se depois da emissão deste regulamento consensual, os participantes-aceitantes opuserem ao conteúdo deste regulamento que corresponde ao projeto negociado que eles anteriormente aceitaram voluntariamente, impugnando-o; existe uma contrariedade direta entre o seu comportamento atual (a impugnação da parte concertada do regulamento consensual) e o anterior (a aceitação voluntária do projeto), que viola francamente os ditames da boa-fé, consubstanciando-se numa situação objetiva do *venire contra factum proprium*, cuja sanção consiste-se sobretudo na inibição do exercício do comportamento atual contraditório (*in casu*, a impugnação da parte concertada do

<sup>83</sup> Como BARBOSA DE MELO ensina, a “fidelidade à palavra dada” é um dos pressupostos “ético-culturais” imprescindíveis da administração concertada. Contudo, enquanto o ilustre jurista fundamenta-o no princípio do *pacta sunt servanda*; julgamos que seja mais correta a fundamentação no princípio do *venire contra factum proprium non valet*, tendo em conta que o âmbito especial da vigência de *pacta sunt servanda* é a administração contratual, que se trata apenas de uma das formas da administração concertada em sentido amplo. V. MELO, BARBOSA DE, “Introdução...”, *cit.* p.122-123.

<sup>84</sup> Cf. PINTO, PAULO MOTA, “Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil”, *BFD*, volume comemorativo do 75º tomo, Coimbra, 2002, p.305.

regulamento consensual)<sup>85</sup>. Por enquanto, nota-se que este efeito preclusivo da faculdade de impugnar é independente da qualquer intenção dos participantes-aceitantes. Trata-se de um efeito jurídico que advém diretamente da lei – o princípio da boa-fé – não conformável pela vontade dos praticantes do ato. Por isso, estamos perante um *simples ato jurídico* e não um *negócio jurídico*.

Deste modo, parece-nos que a natureza do ato de aceitação do projeto negociado se aproxima substancialmente à figura da “aceitação do ato administrativo” (art. 186.º/2 CPA, art. 56.º CPTA)<sup>86</sup>, que, segundo VIEIRA DE ANDRADE, se consiste num “*mero ato jurídico* do particular, que revela a sua *conformação* voluntária com o *conteúdo da decisão* de autoridade... – a qual, não sendo expressa, se pode concluir da prática de factos que sejam de considerar *objectivamente incompatíveis* com o exercício do direito de impugnar – e produz, por *determinação legal*, a perda da faculdade de impugnação desse acto” e por isso “um pressuposto processual negativo”<sup>87</sup>.

E como este ato de aceitação é imprescindível para o sucesso do *reg neg* e a eventual emissão do regulamento consensual, trata-se de algo intrínseco ao próprio funcionamento do *reg neg*, e pois o seu efeito *legal* preclusivo da faculdade de impugnar<sup>88</sup> representa uma influência imediata do *reg neg* na posição dos participantes face ao regulamento consensual.

Ora, como se repara, o que indagámos *supra* é sobre a posição dos participantes *formalmente presentes* no *reg neg*, que em regra, são grupos representativos de interesses, e não os próprios indivíduos-destinatários do regulamento – cuja participação *material* na negociação depende fundamentalmente da existência de uma relação da representação com os participantes formais.

Se esta relação for uma *representação jurídica de pessoas* estabelecida sobretudo através do instituto civil da procuração voluntária (art. 262.º/1 CC) ou outros institutos que envolvem o vínculo jurídico da representação; a resposta será mais fácil

---

<sup>85</sup> O percurso problematizante tem como base a exposição de PAULO MOTA PINTO acerca dos pressupostos da aplicação do princípio da proibição do *venire contra factum proprium*. V. *ibidem*, p.302-305. Consulte também a vasta bibliografia indicada pelo autor.

<sup>86</sup> Figura esta que, contudo, não é expressamente prevista para o regulamento. Isto porque, a nosso ver, o legislador, ao construir o regime da impugnação administrativa e judicial do regulamento, estava a pensar somente nos casos normais do regulamento enquanto um ato normativo puramente unilateral (não consensual), geral e abstrato.

Destarte, esta não previsão não é invocável como um argumento contra a aproximação doutrinária do ato de aceitação praticado pelos participantes na fase conclusiva do *reg neg* à figura da “aceitação do ato administrativo”. Ademais, o princípio fundamentador desta última figura é essencialmente o princípio da boa-fé que vincula *geralmente* quer a Administração quer os particulares (art. 10.º CPA). Mesmo o legislador não previsse esta figura para o ato administrativo, a nosso ver, o princípio da boa-fé reclamaria *per sei* a inibição da impugnação do ato administrativo aceitado. Portanto, não vejamos razões pertinentes capazes de inibir a aplicação desta racionalidade no caso da impugnação da parte concertada (aceitada) de um regulamento consensual pelos participantes-aceitantes.

<sup>87</sup> V. ANDRADE, VIEIRA DE, “A aceitação do acto administrativo”, *BFD*, volume comemorativo do 75º tomo, Coimbra, 2002, p.907-934.

<sup>88</sup> Não se trata de um efeito preclusivo *perpétuo* uma vez que o *fator de tempo* tem de ser sempre ponderado em verificar a permanência da situação objetiva da confiança e a censurabilidade da contrariedade entre o comportamento atual e o comportamento anterior.

– por mediação do art. 258.º CC, o efeito jurídico produzido na esfera do participante formal na negociação (enquanto representante) vai repercutir na esfera dos indivíduos representados. Daí, as palavras dadas pelos participantes formais na negociação são consideradas juridicamente como as palavras dos indivíduos representados, e por isso, o efeito inibitório do princípio da proibição do *venire contra factum proprium* vale também para estes últimos, ficando precludida assim a sua legitimidade de impugnar a parte concertada do regulamento consensual.

Pelo contrário, se esta relação for uma mera *representação fáctica de interesses*, já não temos uma resposta direta. Estamos perante um caso da representação sem poderes, que, porém, não é totalmente assimilável à situação tratada nos art. 268.º e 471.º do CC, uma vez que a problematicidade normativa prevista nestas normas é a representação das pessoas, mas não propriamente a representação de interesses (interesses estes que podem ser não subjetiváveis). Contudo, é legítimo, a nosso ver, defender aqui uma analogia entre a presente *representação fáctica de interesses sem prévia autorização dos interessados* e a representação sem poderes disciplinada no Código Civil. Se adotar esta via, então, a solução consiste-se em que para que o efeito jurídico da aceitação do projeto negociado pelos “representantes” se repercuta na esfera jurídica dos interessados “representados”, é preciso um *ato de ratificação* da aceitação por parte destes últimos. Se eles não ratificarem, o que os participantes formais decidiram no *reg neg* não pode ser considerado como uma decisão materialmente tomada pelos interessados “representados sem a sua autorização”. Por isso, se estes interessados depois pretenderem impugnar a parte concertada do regulamento consensual, não podemos dizer que a conduta deles é um caso do *venire contra factum proprium*, que precludiria a sua legitimidade de impugnar. Aliás, a pretensão da impugnação exterioriza bem a decisão da não ratificação da aceitação.

No entanto, pensamos que esta não é a solução mais adequada, *maxime* por não se ter ponderado suficientemente os diferentes momentos decorridos ao longo do *reg neg*. Ora, não se esqueça de que antes de tomar a decisão definitiva de adotar *reg neg*, inquérito foi realizado para identificar os interesses afetados e os sujeitos capazes de representar estes interesses. Oportunidades também são fornecidas para trazer opiniões sobre estes aspetos atinentes à viabilidade prática do *reg neg*. Além do mais, recordamos que defendemos que a decisão definitiva de adoção do *reg neg* consubstancia-se num ato administrativo (endoprocedimental) suscetível da impugnação administrativa e judicial<sup>89</sup>. Por isso, ao longo do *reg neg*, existem vários meios

<sup>89</sup> Recorde que nos Estados Unidos, por força das letras do § 570 do APA, os atos endoprocedimentais não são suscetíveis de recurso judicial. Contudo, isto não se trata da única interpretação possível do artigo. Por exemplo, Juíza WALD defende uma interpretação restritiva do presente artigo, advogando que os atos endoprocedimentais praticados no *reg neg* não são destacáveis e impugnáveis apenas para o efeito da impugnação autónoma antes da emissão do regulamento final. V. WALD, PATRICIA, “ADR...”, *cit.*, p.1460. A Juíza duvida também sobre a admissibilidade da impugnação do regulamento final com base nos vícios procedimentais do *reg neg*, e parece-nos que a resposta dela, mesmo que não seja explícita, é positiva. V. *ibidem*, p.1472.

Aliás, segundo a exposição de HERZ, quem defende a teoria da analogia entre regulamentos consensuais e leis não deve negar a impugnação do regulamento com base nos vícios procedimentais

administrativos e até judiciais disponíveis para os interessados reagir em geral contra a realização do *reg neg*, e em especial contra a representação dos seus interesses por determinado sujeito. Se eles deixarem caducar estes meios de reação, julgamos que seja razoável interpretar aqui, *segundo os ditames da boa-fé*, uma *autorização tácita da representação objetiva dos interesses* – que faz com que a legitimidade de impugnar a parte concertada do regulamento consensual por estes interessados fica precludida da mesma maneira pelo efeito inibitório do princípio da proibição do *venire contra factum proprium*, *salvo estes consigam justificar que a falta de reação deles seja desculpável, que derrota a tese da autorização tácita da representação*.

#### 4.2. A posição dos interessados-não-participantes

Se os impugnantes não forem participantes, nem formais nem materiais, na negociação, eles são basicamente sujeitos alheios ao *reg neg*. Por isso, o que afirmámos *supra* em relação ao efeito preclusivo das renúncias e do princípio do *venire contra factum proprium*, e sobre a relação da representação não se aplicam aqui. Portanto, a legitimidade dos interessados-não-participantes de impugnar a parte concertada do regulamento consensual, *em princípio, não deve ser prejudicada* pelo consenso ou pelo ato de aceitação realizado pelos outros que nem sequer são os seus representantes no *reg neg*.

Contudo, antes de confirmar esta solução, existe uma questão prévia a despachar, que é: os interessados têm um ónus de participar no *reg neg*? Quer dizer, se lhes for concedida a oportunidade de contribuir com a sua posição para a elaboração consensual da proposta do regulamento, mas eles não a aproveitou; estamos perante uma atuação reprovável cuja “sanção” pode consistir-se na preclusão da faculdade de impugnar?

HARTER parece responder afirmativamente para esta pergunta, advogando que o tribunal deve exigir o impugnante a fornecer explicações adequadas para a sua não

---

ou a impugnação dos atos endprocedimentais viciados, uma vez que, sendo o consenso a força legitimante dos atos em apreço, o procedimento a percorrer para a sua obtenção desempenha um papel fundamental e representa uma zona inegável para o efeito do controlo judicial. O autor tenta encontrar argumentos para justificar a *ratio* do § 570itar lativa do a opçuguês, nn~sso ver, a introduzir o ibados principalmente nas observaç atos em apreço, o procedimento aprado APA, *i.e.*: 1) evitar que o *reg neg* seja “descarrilado” pelos recursos contenciosos interlocutórios; 2) a negação da impugnabilidade dos atos procedimentais viciados não tem influência prática uma vez que o *reg neg* é voluntário. Por isso, se os trâmites são violados, as partes afetadas podem sair justificadamente da negociação, derrotando o *reg neg*; e 3) o *reg neg* é somente uma fase do procedimento regulamentar que produz apenas uma proposta e não o próprio regulamento. Por isso, os vícios decorridos no *reg neg* podem ser considerados como não prejudiciais. Além do mais, na medida em que a realização do *reg neg* é voluntária – “[s] ince it is legally unobjectionable to have no process at all, there can be no complaint about an inadequate process”. V. HERZ, MICHEAL, “Some thoughts...”, *cit.*, p.373-377.

Como se repara, tratam-se, de facto, dos argumentos estribados principalmente nas observações práticas que podem não se verificar, em vez de nos fundamentos dogmáticos-normativos. Destarte, a nosso ver, ao introduzir o *reg neg* no sistema jurídico português, não devemos seguir a opção legislativa do § 570 do APA.

participação no *reg neg* – a razão da sua não exaustão dos remédios administrativos disponíveis para a ponderação justa da sua posição<sup>90</sup>. No entanto, sobretudo depois de ter interiorizado a crítica da Juíza WALD<sup>91</sup>, ele defende que a falha em fornecer as explicações exigidas não deve levar à preclusão imediata da impugnação, mas apenas à imposição de um maior ónus de contra-argumentação na contestação da parte concertada do regulamento consensual<sup>92</sup>.

A nosso ver, em direito português, isto não se trata de uma questão fácil, uma vez que não é doutrinalmente clara a natureza do direito à participação em geral no procedimento administrativo – se é um direito subjetivo puro, ou é um ónus jurídico? Temos juristas, como ANA RAQUEL MONIZ, que o considera como uma garantia procedimental<sup>93</sup>; e outros, como PEDRO MACHETE, que defende, louvando-se em GIORGIO BERTI, que a participação não é uma tutela nem uma garantia, mas antes um modo de agir<sup>94</sup>.

Para nós, preferimos considerar que o direito à participação, *inclusive* a participação no *reg neg*, é antes de mais um direito dos administrados de reivindicar a democraticidade da decisão administrativa, ou pelo menos, de trazer as suas opiniões à Administração, esperando uma ponderação justa. Contudo, não se trata de um direito sem balizas normativas *no seu exercício*. Isto porque, sobretudo por força do art. 10.º do CPA, o exercício do direito no procedimento pelos particulares é vinculado normativamente pelo princípio da boa-fé.

Por conseguinte, pelo menos no caso em que os particulares *propositadamente* não participaram no *reg neg*, esperando atacar o regulamento consensual só depois da sua emissão quando o conteúdo da parte concertada não estiver satisfatório no seu ponto de vista (má fé subjetiva); inclinamos a defender que o exercício da faculdade de impugnar por estes particulares deve ser impedido pelo tribunal – sobretudo porque o exercício desta faculdade nestes termos também contende francamente com o princípio da boa-fé.

Contudo, salientamos que a nossa posição não é a mesma de HARTER, uma vez que ao invocarmos o princípio da boa-fé como o *impedimento* do exercício da faculdade de impugnar, segundo o art. 342.º/2 do CC, não são os particulares-impugnantes que têm o ónus de dar explicações para o não exercício do seu direito à participação

---

<sup>90</sup> No mesmo sentido: LAWRENCE SUSSKIND e GERARD MACMAHON, para quem, salvo o caso da afetação dos direitos fundamentais, “...if a party were offered a chance to participate in a full-fledged negotiated rulemaking effort, but chose to remain aloof, the courts ought to respond skeptically to a request for judicial review. If the courts adopted this posture, the incentive to participate in negotiated rulemakings would be enhanced”. Cf. SUSSKIND, LAWRENCE/ MACMAHON, GERARD, “The theory and practice of negotiated rulemaking”, in *Yale Journal on Regulation*, vol. 3, New Haven, 1985, p.164-165.

<sup>91</sup> V. WALD, PATRICIA, “Negotiation...”, *cit.*, p.20-22.

<sup>92</sup> Cf. HARTER, PHILIP, “The role...”, *cit.*, *maxime* p.66-67.

<sup>93</sup> V. MONIZ, ANA RAQUEL, *A Recusa...*, *cit.*, p.159 ss..

<sup>94</sup> Cf. MACHETE, PEDRO, “A correlação entre a relação jurídica procedimental e a relação substantiva – uma primeira leitura das normas do novo Código do Procedimento Administrativo sobre a participação dos interessados no procedimento do ato administrativo”, in *Comentário ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, (coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), Lisboa, 2015, p.444, nota 6.

no *reg neg*; pelo contrário, é a Administração que tem o ónus de provar a violação do princípio da boa-fé pelos particulares em causa.

Ora, além deste teste de “*culpa na não negociação*”, outro teste urge-se resolver. Isto é: os impugnantes são realmente interessados-não-participantes? Ou seja, é necessário investigar se *o interesse ou a subcategoria do interesse* (e.g. o interesse dos consumidores de *lower-class* dentro do interesse geral dos consumidores), à qual os impugnantes alegam que são aderidos, não foi efetivamente representado no comité de negociação. Quer dizer, para ser um real não-participante, não é suficiente alegar que a *opinião* manifestada pelo representante não é coincidente com a *opinião pessoal* dos representados, uma vez que como HANNA PITKIN ensinou, os critérios de ponderação do representante e os do representado são naturalmente diferentes<sup>95</sup>. Por outras palavras, o que se importa aqui *não é a divergência das opiniões, mas a falta da representação de um interesse relevante* – que é praticamente possível uma vez que a identificação e a representação cabal de todos os interesses relevantes no comité de negociação não é nada senão uma situação utopista. Destarte, só quando esta falta da representação do interesse for provada podemos afirmar que estamos perante um real interessado-não-participante, cuja faculdade de impugnar a parte concertada do regulamento consensual fica em geral intacta.

Afinal, em relação ao ónus de prova, embora não seja sem dúvidas, julgamos que seja mais justo reparti-lo entre a Administração e os impugnantes, tendo em conta em geral a vulnerabilidade da posição dos particulares face à decisão autoritária da Administração, e em especial o maior acesso às informações necessárias à prova pela Administração cuja base de informações ficou consideravelmente alargada graças à realização do *reg neg*. Em concreto, propendemos a defender que deve caber aos impugnantes provar *a relevância do interesse alegado* para o assunto tratado pelo regulamento na liça; cabendo, entretanto, à Administração (contra-)provar *a presença de uma representação efetiva do interesse* alegado pelo impugnante no *reg neg*.

## 5. Considerações finais

Em suma, o *negotiated rulemaking* é uma técnica proveitosa para a tarefa da normação administrativa, e é completamente compatível com o sistema jurídico português. Todavia, para introduzir esta técnica da origem norte-americana no direito administrativo português, como vimos, adaptações são indispensáveis para evitar a rejeição sistemática e dogmática deste “*legal transplant*”. Aliás, não podemos esquecer-nos de que a sua utilização está sempre sujeita a um conjunto das condições estritas que servem para garantir a juridicidade e o mérito da sua adoção; e que esta técnica não é uma *panaceia* para os problemas atuais no direito administrativo – ela possui as suas próprias vantagens e desvantagens, e desencadeiam consequências jurídicos-normativas nem sempre favoráveis no ponto de vista dos particulares.

---

<sup>95</sup> PITKIN, HANNA, *The Concept.., cit.*, p.118.

Destarte, a sua eventual adoção no direito administrativo português deve ser bem ponderada quer pela Administração quer pelos particulares. Ponderação esta que é muito relevante uma vez que só com a devida compreensão da natureza, funcionamento e impactos práticos e jurídico-normativos do *reg neg* pode conduzir ao sucesso do seu uso.

Concluindo, o mau uso do *reg neg* não é um mal próprio do *reg neg*; mas o bom uso do *reg neg* é sem dúvidas o *sine qua non* da revelação da bondade dele.

## **Anexo**

### **Negotiated Rulemaking Procedure**

#### **The United States Code**

#### **Title 5 Part 1**

#### **Chapter 5 Subchapter III**

##### §561. Purpose

The purpose of this subchapter is to establish a framework for the conduct of negotiated rulemaking, consistent with section 553 of this title, to encourage agencies to use the process when it enhances the informal rulemaking process. Nothing in this subchapter should be construed as an attempt to limit innovation and experimentation with the negotiated rulemaking process or with other innovative rulemaking procedures otherwise authorized by law.

##### §562. Definitions

For the purposes of this subchapter, the term-

- (1) “agency” has the same meaning as in section 551(1) of this title;
- (2) “consensus” means unanimous concurrence among the interests represented on a negotiated rulemaking committee established under this subchapter, unless such committee-
  - (A) agrees to define such term to mean a general but not unanimous concurrence; or
  - (B) agrees upon another specified definition;
- (3) “convener” means a person who impartially assists an agency in determining whether establishment of a negotiated rulemaking committee is feasible and appropriate in a particular rulemaking;
- (4) “facilitator” means a person who impartially aids in the discussions and negotiations among the members of a negotiated rulemaking committee to develop a proposed rule;
- (5) “interest” means, with respect to an issue or matter, multiple parties which have a similar point of view or which are likely to be affected in a similar manner;
- (6) “negotiated rulemaking” means rulemaking through the use of a negotiated rulemaking committee;

- (7) “negotiated rulemaking committee” or “committee” means an advisory committee established by an agency in accordance with this subchapter and the Federal Advisory Committee Act to consider and discuss issues for the purpose of reaching a consensus in the development of a proposed rule;
- (8) “party” has the same meaning as in section 551(3) of this title;
- (9) “person” has the same meaning as in section 551(2) of this title;
- (10) “rule” has the same meaning as in section 551(4) of this title; and
- (11) “rulemaking” means “rule making” as that term is defined in section 551(5) of this title.

#### §563. Determination of need for negotiated rulemaking committee

(a) Determination of Need by the Agency.-An agency may establish a negotiated rulemaking committee to negotiate and develop a proposed rule, if the head of the agency determines that the use of the negotiated rulemaking procedure is in the public interest. In making such a determination, the head of the agency shall consider whether-

- (1) there is a need for a rule;
- (2) there are a limited number of identifiable interests that will be significantly affected by the rule;
- (3) there is a reasonable likelihood that a committee can be convened with a balanced representation of persons who-
  - (A) can adequately represent the interests identified under paragraph (2); and
  - (B) are willing to negotiate in good faith to reach a consensus on the proposed rule;
- (4) there is a reasonable likelihood that a committee will reach a consensus on the proposed rule within a fixed period of time;
- (5) the negotiated rulemaking procedure will not unreasonably delay the notice of proposed rulemaking and the issuance of the final rule;
- (6) the agency has adequate resources and is willing to commit such resources, including technical assistance, to the committee; and
- (7) the agency, to the maximum extent possible consistent with the legal obligations of the agency, will use the consensus of the committee with respect to the proposed rule as the basis for the rule proposed by the agency for notice and comment.

#### §564. Publication of notice; applications for membership on committees

(a) Publication of Notice. If, after considering the report of a convener or conducting its own assessment, an agency decides to establish a negotiated rulemaking committee, the agency shall publish in the Federal Register and, as appropriate, in trade or other specialized publications, a notice which shall include-

- (1) an announcement that the agency intends to establish a negotiated rulemaking committee to negotiate and develop a proposed rule;
- (2) a description of the subject and scope of the rule to be developed, and the issues to be considered;
- (3) a list of the interests which are likely to be significantly affected by the rule;
- (4) a list of the persons proposed to represent such interests and the person or persons proposed to represent the agency;
- (5) a proposed agenda and schedule for completing the work of the committee, including a target date for publication by the agency of a proposed rule for notice and comment;
- (6) a description of administrative support for the committee to be provided by the agency, including technical assistance;
- (7) a solicitation for comments on the proposal to establish the committee, and the proposed membership of the negotiated rulemaking committee; and
- (8) an explanation of how a person may apply or nominate another person for membership on the committee, as provided under subsection (b).

(b) Applications for Membership or Committee.-Persons who will be significantly affected by a proposed rule and who believe that their interests will not be adequately represented by any person specified in a notice under subsection (a)(4) may apply for, or nominate another person for, membership on the negotiated rulemaking committee to represent such interests with respect to the proposed rule. Each application or nomination shall include-

- (1) the name of the applicant or nominee and a description of the interests such person shall represent;
- (2) evidence that the applicant or nominee is authorized to represent parties related to the interests the person proposes to represent;
- (3) a written commitment that the applicant or nominee shall actively participate in good faith in the development of the rule under consideration; and
- (4) the reasons that the persons specified in the notice under subsection (a)(4) do not adequately represent the interests of the person submitting the application or nomination.

(c) Period for Submission of Comments and Applications.-The agency shall provide for a period of at least 30 calendar days for the submission of comments and applications under this section.

#### §565. Establishment of committee

(a) Establishment.-

- (1) Determination to establish committee.-If after considering comments and applications submitted under section 564, the agency determines that a negotiated rulemak-

ing committee can adequately represent the interests that will be significantly affected by a proposed rule and that it is feasible and appropriate in the particular rulemaking, the agency may establish a negotiated rulemaking committee. In establishing and administering such a committee, the agency shall comply with the Federal Advisory Committee Act with respect to such committee, except as otherwise provided in this subchapter.

(2) Determination not to establish committee.-If after considering such comments and applications, the agency decides not to establish a negotiated rulemaking committee, the agency shall promptly publish notice of such decision and the reasons therefor in the Federal Register and, as appropriate, in trade or other specialized publications, a copy of which shall be sent to any person who applied for, or nominated another person for membership on the negotiating <sup>1</sup> rulemaking committee to represent such interests with respect to the proposed rule.

(b) Membership.-The agency shall limit membership on a negotiated rulemaking committee to 25 members, unless the agency head determines that a greater number of members is necessary for the functioning of the committee or to achieve balanced membership. Each committee shall include at least one person representing the agency.

(c) Administrative Support.-The agency shall provide appropriate administrative support to the negotiated rulemaking committee, including technical assistance.

#### §566. Conduct of committee activity

(a) Duties of Committee.-Each negotiated rulemaking committee established under this subchapter shall consider the matter proposed by the agency for consideration and shall attempt to reach a consensus concerning a proposed rule with respect to such matter and any other matter the committee determines is relevant to the proposed rule.

(b) Representatives of Agency on Committee.-The person or persons representing the agency on a negotiated rulemaking committee shall participate in the deliberations and activities of the committee with the same rights and responsibilities as other members of the committee, and shall be authorized to fully represent the agency in the discussions and negotiations of the committee.

(c) Selecting Facilitator.-Notwithstanding section 10(e) of the Federal Advisory Committee Act, an agency may nominate either a person from the Federal Government or a person from outside the Federal Government to serve as a facilitator for the negotiations of the committee, subject to the approval of the committee by consensus. If the committee does not approve the nominee of the agency for facilitator, the agency shall submit a substitute nomination. If a committee does not approve any nominee of the agency for facilitator, the committee shall select by consensus a person to serve as facilitator. A person designated to represent the agency in substantive issues may not serve as facilitator or otherwise chair the committee.

(d) Duties of Facilitator.-A facilitator approved or selected by a negotiated rulemaking committee shall-

- (1) chair the meetings of the committee in an impartial manner;
- (2) impartially assist the members of the committee in conducting discussions and negotiations; and
- (3) manage the keeping of minutes and records as required under section 10(b) and (c) of the Federal Advisory Committee Act, except that any personal notes and materials of the facilitator or of the members of a committee shall not be subject to section 552 of this title.

(e) Committee Procedures.-A negotiated rulemaking committee established under this subchapter may adopt procedures for the operation of the committee. No provision of section 553 of this title shall apply to the procedures of a negotiated rulemaking committee.

(f) Report of Committee.-If a committee reaches a consensus on a proposed rule, at the conclusion of negotiations the committee shall transmit to the agency that established the committee a report containing the proposed rule. If the committee does not reach a consensus on a proposed rule, the committee may transmit to the agency a report specifying any areas in which the committee reached a consensus. The committee may include in a report any other information, recommendations, or materials that the committee considers appropriate. Any committee member may include as an addendum to the report additional information, recommendations, or materials.

(g) Records of Committee.-In addition to the report required by subsection (f), a committee shall submit to the agency the records required under section 10(b) and (c) of the Federal Advisory Committee Act.

#### §567. Termination of committee

A negotiated rulemaking committee shall terminate upon promulgation of the final rule under consideration, unless the committee's charter contains an earlier termination date or the agency, after consulting the committee, or the committee itself specifies an earlier termination date.

#### §568. Services, facilities, and payment of committee member expenses

(a) Services of Conveners and Facilitators.-

(1) In general.-An agency may employ or enter into contracts for the services of an individual or organization to serve as a convener or facilitator for a negotiated rulemaking committee under this subchapter, or may use the services of a Government employee to act as a convener or a facilitator for such a committee.

(2) Determination of conflicting interests.-An agency shall determine whether a person under consideration to serve as convener or facilitator of a committee under paragraph (1) has any financial or other interest that would preclude such person from

serving in an impartial and independent manner.

(b) **Services and Facilities of Other Entities.**-For purposes of this subchapter, an agency may use the services and facilities of other Federal agencies and public and private agencies and instrumentalities with the consent of such agencies and instrumentalities, and with or without reimbursement to such agencies and instrumentalities, and may accept voluntary and uncompensated services without regard to the provisions of section 1342 of title 31. The Federal Mediation and Conciliation Service may provide services and facilities, with or without reimbursement, to assist agencies under this subchapter, including furnishing conveners, facilitators, and training in negotiated rulemaking.

(c) **Expenses of Committee Members.**-Members of a negotiated rulemaking committee shall be responsible for their own expenses of participation in such committee, except that an agency may, in accordance with section 7(d) of the Federal Advisory Committee Act, pay for a member's reasonable travel and per diem expenses, expenses to obtain technical assistance, and a reasonable rate of compensation, if-

- (1) such member certifies a lack of adequate financial resources to participate in the committee; and
- (2) the agency determines that such member's participation in the committee is necessary to assure an adequate representation of the member's interest.

(d) **Status of Member as Federal Employee.**-A member's receipt of funds under this section or section 569 shall not conclusively determine for purposes of sections 202 through 209 of title 18 whether that member is an employee of the United States Government.

#### §569. Encouraging negotiated rulemaking

(a) The President shall designate an agency or designate or establish an interagency committee to facilitate and encourage agency use of negotiated rulemaking. An agency that is considering, planning, or conducting a negotiated rulemaking may consult with such agency or committee for information and assistance.

(b) To carry out the purposes of this subchapter, an agency planning or conducting a negotiated rulemaking may accept, hold, administer, and utilize gifts, devises, and bequests of property, both real and personal if that agency's acceptance and use of such gifts, devises, or bequests do not create a conflict of interest. Gifts and bequests of money and proceeds from sales of other property received as gifts, devises, or bequests shall be deposited in the Treasury and shall be disbursed upon the order of the head of such agency. Property accepted pursuant to this section, and the proceeds thereof, shall be used as nearly as possible in accordance with the terms of the gifts, devises, or bequests.

## §570. Judicial review

Any agency action relating to establishing, assisting, or terminating a negotiated rulemaking committee under this subchapter shall not be subject to judicial review. Nothing in this section shall bar judicial review of a rule if such judicial review is otherwise provided by law. A rule which is the product of negotiated rulemaking and is subject to judicial review shall not be accorded any greater deference by a court than a rule which is the product of other rulemaking procedures.

## §570a. Authorization of appropriations

There are authorized to be appropriated such sums as may be necessary to carry out the purposes of this subchapter.

## Bibliografia

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, “O regulamento no ordenamento jurídico português”, in *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. I, Coimbra, 2008

ANDRADE, VIEIRA DE,

“A aceitação do acto administrativo”, *BFD*, volume comemorativo do 75º tomo, Coimbra, 2002

“Interesse público”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. V, Lisboa, 1993

BALDWIN, ROBERT/ CAVE, MARTIN/ LODGE, MARTIN, *Understanding Regulation, Theory, Strategy and Practice*, Oxford, 2012

BARRIÈRE, OLIVIER/ FAURE, JEAN-FRANÇOIS “L’enjeu d’un droit négocié pour le Parc amazonien de Guyane”, in *Natures Sciences Sociétés*, vol. 20 (2), Paris, 2012

BRONZE, PINTO, *Lições da Introdução ao Direito*, Coimbra, 2010

CHOO, ROBERT, “Judicial review of negotiated rulemaking: should *Chevron* deference apply?”, in *Rutgers Law Review*, vol. 52, Newark, 2000

COGLIANESE, CARY,

“Assessing the advocacy of negotiated rulemaking: a response to Philip Harter”, in *New York University Environmental Law Journal*, vol. 9, New York, 2001

“Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking”, in *Duke Law Journal*, vol. 46, Durham, 1997

CUOCOLO, F., “Concerto (atti di)”, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. VII, Roma, 1988

FERRARA, ROSÁRIO, *Gli Accordi di Programma, Potere, Poteri Pubblici e Modelli dell’Amministrazione Concertata*, Padova, 1993

FUNK, WILLIAM,

“Bargaining toward the new millennium: regulatory negotiation and the subversion of the public interest”, in *Duke Law Journal*, vol. 46, Durham, 1997

“When smoke gets in your eyes: regulatory negotiation and the public interest – EPA’s woodstove standards”, in *Environmental Law*, vol. 18, Chicago, 1987

Gonçalves, Pedro,

- Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra, 2013
- Regulação, Electricidade e Telecomunicações. Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra, 2008
- Entidades Privadas com Poderes Públicos. O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Coimbra, 2008
- HABERMAS, JÜRGEN, “La souveraineté populaire comme procédure. Un concept normatif d’espace public”, trad. MARK HUNYADI, in *Lignes*, n° 7, Paris, 198
- HARTER, PHILIP,  
“Assessing the assessors, the actual performance of negotiated rulemaking”, in *New York University Environmental Law Journal*, vol. 9, New York, 2000
- “Fear of commitment: an affliction of adolescents”, in *Duke Law Journal*, vol. 46, Durham, 1997
- “First judicial review of reg neg a disappointment”, in *Administrative and Regulatory Law News*, vol. 22, n.º 1, Washington D.C., 1996 (Fall)
- “The political legitimacy and judicial review of consensual rules”, in *The American University Law Review*, vol. 32, Washington D.C., 1983
- “Negotiating regulations: a cure for malaise”, in *Georgetown Law Journal*, vol. 71, Washington D.C., 1982
- “The role of courts in regulatory negotiation – a response to Judge Wald”, in *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 11, New York, 1986
- HERZ, MICHEAL, “Some thoughts on judicial review and collaborative governance”, in *Journal of Dispute Resolution*, Columbia, 2009 (n.º 2)
- KELMAN, STEVEN, *Regulating America, Regulating Sweden: A Comparative Study of Occupational Safety and Health Policy*, Cambridge, Massachusetts and London, 1981
- LEONG, HONG CHENG,  
“Democracia e legitimidade: o caso das entidades reguladoras administrativas independentes – breves reflexões”, Coimbra, 2016, trabalho inédito
- “O princípio da eficiência no “cosmos” da ilicitude da responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração”, Coimbra, 2016, trabalho inédito
- LUBBERS, JEFFREY S., “Achieving policymaking consensus: the (unfortunate) waning of negotiated rulemaking”, in *South Texas Law Review*, vol. 49, Houston, 2008
- MACHETE, PEDRO, “A correlação entre a relação jurídica procedimental e a relação substantiva – uma primeira leitura das normas do novo Código do Procedimento Administrativo sobre a participação dos interessados no procedimento do ato administrativo”, in *Comentário ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, (coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), Lisboa, 2015
- MELO, BARBOSA DE, “Introdução às formas de concertação social”, *BFD*, Coimbra, 1983, ano 59
- MONIZ, ANA RAQUEL,  
“Procedimento regulamentar”, in *Comentário ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, (coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), Lisboa, 2015
- “The rulemaking power of administrative agencies: crisis of legality, rule of law, and democracy”, 2015 (disponível: <http://ssrn.com/abstract=2420561>)
- Direito Administrativo – Casos Práticos*, Coimbra, 2015

- “Os regulamentos administrativos na revisão do Código do Procedimento Administrativo”, *CJA*, n.º 100, Braga, 2013
- A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez, Contributo para a Teoria dos Regulamentos*, Coimbra, 2012
- “A titularidade do poder regulamentar no direito administrativo português (algumas questões)”, *BFD*, vol. LXXX, Coimbra, 2004
- PASQUINO, GIANFRANCO, “Grupos de pressão”, in *Dicionário de Política (Il Dizionario di Politica)*, vol. I, org. BOBBIO, NOBERTO/ MATTEUCCI, NICOLA/ PASQUINO, GIANFRANCO, trad. VARRIALE, CARMEN C. *et ai.*, Brasília, 1998
- PINTO, CARLOS MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 2012
- PINTO, PAULO MOTA, “Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil”, *BFD*, volume comemorativo do 75º tomo, Coimbra, 2002
- PITKIN, HANNA *The Concept of Representation*, California and London, 1967
- RAWLS, JOHN, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, 1971.
- ROSE-ACKAMEN, SUSAN, “Consensus versus incentives: A skeptical look at regulatory negotiation”, in *Duke Law Journal*, vol. 43, Durham
- SCHUCK, PETER, “Litigation, bargaining, and regulation”, in *Regulation*, Washington D.C., 1979 (July)
- SCHUCK, PETER H./ KOICHEVAR, STEVEN, “Reg neg redux: the career of a procedural reform”, in *Theoretical Inquiries in Law*, vol 15, Tel Aviv, 2014
- SOARES, ROGÉRIO,  
*Direito Administrativo*, Coimbra, 1987, policópia  
*Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955
- SUSSKIND, LAWRENCE/ MACMAHON, GERARD, “The theory and practice of negotiated rulemaking”, in *Yale Journal on Regulation*, vol. 3, New Haven, 1985
- VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, Coimbra, 2013
- WALD, PATRICIA,  
ADR and the courts: an update”, in *Duke Law Journal*, vol. 46, Durham, 1997  
“Negotiation of environmental disputes: a role for the courts?”, in *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 10, New York, 1985
- WILLIAMS, JULIET A., “The delegation dilemma: negotiated rulemaking in perspective”, in *Policy Studies Review*, Washington D.C., 2000 (spring)

