ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R e RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 17 – março/abril/maio 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA

Prof. Sérgio Guerra

Doutor em Direito. Professor de Direito Administrativo dos cursos de Graduação e de Mestrado da Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getulio Vargas. Vice-Diretor de Pós-Graduação da mesma instituição. Diretor Executivo da Revista de Direito Administrativo – RDA. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro – IDAERJ.

O direito administrativo clássico era considerado como sendo um mero conjunto de condições necessárias à conformação da estrutura burocrática do Governo às regras criadas pelo Poder Legislativo. Isto é, pensava-se o direito administrativo como sendo a disciplina voltada apenas à organização da máquina administrativa do Estado, com características de unidade, centralização e uniformidade, em posição privilegiada em relação ao cidadão e direcionada à manutenção do funcionamento dos serviços públicos. A inquestionável superioridade do interesse público sobre o privado foi conjugada pela supremacia da administração, o princípio da legalidade e a função discricionária. Daí adveio o regime administrativo diferenciado, compreendendo as prerrogativas da administração pública: poder de polícia e radical desigualdade, unilateral e singular, tais como espécies diferentes de propriedade, contratos e responsabilidade (diversas, portanto, do direito privado), submetidas as causas desta matéria, inclusive, a um tribunal próprio.

Um passo importante para a evolução do direito administrativo ocorreu no início do século passado, com León Duguit, ao doutrinar acerca das transformações do direito público.[1] Nessa obra, destacando a passagem, no direito administrativo, da *puissance public* para o *service public*, Duguit advertia que, com o desaparecimento do sistema imperialista, a noção de serviço

[1] Nesse sentido, consulte-se a obra DUGUIT. *Les transformations du droit public*, (que reproduz a obra publicada em 1913 por Max Leclerc e H. Bourrelier pela Ed. Colin).

público substituiu a de soberania e mudou a concepção de lei, do ato administrativo, da justiça administrativa e de responsabilidade estatal.[2]

Na modernidade, a concepção de direito administrativo no Brasil, seguindo os influxos do direito administrativo francês, estava totalmente conforme a uma atuação executiva estatal hierarquizada e suportada por decisões de "cima para baixo",[3] à luz da teoria clássica da separação de poderes. Esse fato era justificado pelo modelo de estado social, com forte intervenção executiva estatal direta nas atividades econômicas, e, portanto, *"un estatismo considerado exagerado, por asfixiante y por invadir hasta los más íntimos sectores de la vida privada".*[4]

Contudo, e conforme elucidativa lição de Odete Medauar,[5] a realidade político-institucional e social da segunda metade do século XX apresentou-se muito mais complexa em relação à época de Montesquieu. Nesse contexto muitas instituições que hoje existem em grande parte dos ordenamentos ocidentais são dificilmente enquadráveis em alguns dos três clássicos poderes quanto à vinculação estrutural e hierárquica.

Há, por certo, um enriquecimento do direito administrativo no século XXI com o intercâmbio de questões com suas ramificações, com o direito privado e com o direito administrativo alienígena, este em um ambiente de internacionalização do próprio direito. O direito administrativo atual *"ha pasado a constituirse, de guardián de los poderes del Estado, en el defensor de las libertades individuales",*[6] e, portanto, as escolhas sob seu fundamento devem observar as normas principiológicas e o novo rol de temas que permeia a sociedade de riscos, notadamente a eloqüente tecnicidade que impõe uma análise sistêmica do campo jurídico para se alcançar a justiça.[7]

---

[2] Em suas palavras: *"Toutes les volontés sont des volontés individuelles: toutes se valent; il n´y a pas de hiérarchie des volontés. Toutes les volontés se valent si l´on ne considère que le sujet. Leur valer ne peut être déterminée que par le but qu´elles poursuivent. La volonté du gouvernant n´a aucune force comme telle; elle n´a de valeur et de force que dans la mesure où elle poursuit l´organisation et le fonctionnement d´un service public. Ainsi la notion de service public vient remplacer celle de souvenraineté. L´État n´est plus une puissance souveraine qui commande ; il est un groupe d´individus détenant une force qu´ils doivent employer à créer et à gérer les services publics. La notion de service public devient la notion fondamentale du droit public moderrne. Les faits vont le démontrer*". DUGUIT. *Les transformations...,* p. XXIX.

[3] Expressão utilizada por Sérgio Buarque de Holanda para se referir aos movimentos "aparentemente reformadores" ocorridos no Brasil, conduzidos pelos grupos dominantes. Na obra clássica HOLANDA. *Raízes do Brasil*, p. 160. Cumpre ressaltar que a modernidade acolheu, até mesmo, governos despóticos. Conforme advertência de Anthony Giddens "o 'despotismo' parecia ser principalmente característico de estados pré-modernos. Na esteira da ascensão do fascismo, do Holocausto, do stalinismo e de outros episódios da história do século XX, podemos ver que a possibilidade de totalitarismos é contida dentro dos parâmetros da modernidade ao invés de ser por eles excluída". GIDDENS. *As consequências da modernidade*, p. 17.

[4] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. *Las vicisitudes del derecho administrativo...*, p. 97.

[5] MEDAUAR. *O direito administrativo em evolução*, p. 120.

[6] MADARIAGA GUTIÉRREZ. *Seguridad juridica y administración publica en el siglo XXI*, p.11.

[7] A transformação do direito administrativo atrelado às novas tecnologias, é objeto do estudo de HERNÁNDEZ-MENDIBLE. El derecho administrativo en la sociedade de la información

As experiências do cotidiano refletem o papel da tradição — em constante mutação — e, como também ocorre no plano global, devem ser consideradas no contexto do deslocamento e da reapropriação de especialidades sob o impacto da invasão dos sistemas abstratos. A tecnologia, no significado geral da "técnica", desempenha aqui o papel principal, tanto na forma de tecnologia material quanto da especializada expertise social.[8]

A associação do direito administrativo à fase pós-moderna indica sua necessária adaptação, pela ruptura com a fase anterior, às mudanças econômicas e sociais, conduzindo a seu perfeito acoplamento ao contexto da realidade. Só assim o direito administrativo pode ser um instrumento para a efetividade dos direitos fundamentais. A supremacia do interesse público e, indiretamente, da Administração Pública, nessa fase, deve deixar de ser um atributo permanente e prevalente *"e se convierte en un privilegio que debe ser concedido caso por caso por la ley. Después, supremacía e unilateralidad se substituyen por consenso y bilateralidad".*[9]

Parece ser indisputável que os instrumentos e mecanismos de escolha administrativa do passado se apresentam, em determinadas situações complexas, incapazes de compreender a contemporaneidade da sociedade de riscos. Se, de um lado, a pós-modernidade *"rejeita a proposta de que o direito possa resolver todos os problemas sociais"*[10] e, no entanto, "se caracteriza pelo incremento da regulação jurídica sobre quase todos os setores da vida social",[11] como se pode pensar em adotar as fórmulas clássicas de direito administrativo diante da impossibilidade dos parlamentos editarem leis que ditem o papel do Administrador Público em todas as demandas e todos os conflitos distributivos da sociedade?

O que na prática vem ocorrendo é que *"várias decisões de relevo são tomadas fora do circuito do Legislativo e até mesmo dos partidos políticos"*[12] e, por conseguinte, *"a trindade de poderes [...] tornou-se muito simples para explicar os múltiplos poderes do Estado contemporâneo e uma sociedade muito complexa".*[13]

A Administração do século XIX, embora conceitualmente dotada de atribuições restritas, foi-se ampliando e assumindo novos papéis à medida que aumentavam as funções do Estado.[14] Hoje adquiriu dimensões gigantescas e se tornou fundamental à coletividade. Passou, com o tempo, a influenciar na tomada de decisões de relevo, de modo que dificilmente se sustentaria, na

---

(reflexones sobre el impacto de las telecomunicaciones y la informática). In: FERNÁNDEZ RUIZ (Coord.). *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*, p. 186. O tema também é objeto de estudo de PÉREZ LUÑO. *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho*: el impacto socio-jurídico de las nuevas tecnologías de la información, p. 65 et seq.

[8] GIDDENS. A vida em uma sociedade pós-tradicional..., p. 77.

[9] CASSESE. *La globalización...*, p. 185.

[10] JUSTEN FILHO. *Curso*..., p. 15.

[11] Id., Ibid.

[12] MEDAUAR. *O direito administrativo...,* p. 122.

[13] Id., Ibid.

[14] Id., Ibid.

atualidade, a característica de mera executora da lei e alheia às decisões que deve aplicar.[15]

O verdadeiro problema consiste em especificar a justa relação entre orientação política e imparcialidade no âmbito de uma discricionariedade administrativa inevitável, conotada pela tensão entre política e justiça e pela necessidade de compor, mais do que separar os dois elementos.[16] Com efeito, as políticas nacionais típicas do Estado contemporâneo se põem em prática mediante a edição de muitas regras gerais, em grande parte com indeterminações técnicas, que acabam por exigir mais do que uma simples integração dessas mesmas normas, como ocorre com a escolha determinativa de conceito — conceito jurídico indeterminado — e a escolha discricionária — discricionariedade.[17]

Diante de toda essa questão que afeta diretamente a compreensão do direito administrativo, cumpre ressaltar que a lei surgiu como elemento concretizador da vontade geral, sob a concepção *rousseauniana.* Em sendo editada sob o manto da *volonté generale*, seria válida independentemente de seu conteúdo, pois, justamente por ser fruto da vontade de cada cidadão, e na medida em que ninguém é injusto consigo mesmo, jamais poderia revelar-se injusta[18]. Ocorre que foram justamente os critérios formais de validade do direito positivo que acabaram por legitimar e contribuir para a adoção de crueldades no século XX.

Ademais disso e diante de um "furação normativo"[19] – inflação legiferante –, com inúmeras remissões a outras regras, que transforma o operador de direito em "jurista detetive"[20], a lei (i) não consegue tudo prever diante das necessidades, complexidade e características da sociedade contemporânea multiclasse; (ii) é, em muitos casos, e em vista dos acordos e disputas entre partidos políticos e parlamentares, elaborada, propositadamente ou não, de forma ambígua; (iii) muitas vezes é mal redigida, como se estivesse o "direito em estado gasoso"[21], provocando imprecisões e dificuldades para a aplicação no caso concreto; e (iv) contém inúmeras cláusulas gerais e inúmeros conceitos jurídicos indeterminados, nem sempre indispensáveis, que, somados, conduzem a escolhas administrativas discricionárias e arbitrárias. Tudo isso contribuiu para ampliar a cada dia os espaços para as escolhas

[15] Daí a importância da procedimentalização do direito administrativo, conforme elucidativa manifestação doutrinária de GONZÁLES PÉREZ. Acto administrativo y pretensión procesal. In: FERNÁNDEZ RUIZ (Coord.). Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI, p. 7 et seq.
[16] MEDAUAR. *O direito administrativo...,* p. 137.
[17] Sabino Cassese aponta, ainda, a difícil combinação do "novo" direito administrativo com o "velho" direito constitucional: "Como podem combinar-se o princípio constitucional da responsabilidade ministerial com a independência das autoridades independentes?" CASSESE. *La globalización...*, p. 189.
[18] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica...*, op. cit., p. 25.
[19] PALMA FERNÁNDEZ, José Luis. *La seguridad jurídica...,* op. cit., p. 14.
[20] Id. Ibid., p. 14 e 49.
[21] Id. Ibid., p. 29.

administrativas e, em igual ou maior escala, traz imprevisibilidade decorrente das decisões do Executivo e **conseqüente insegurança jurídica**.

Para agravar esse fato, é cada vez mais comum que as escolhas administrativas, materializadas por meio de atos executivos alcancem não apenas seu destinatário imediato. Diante de uma patente ambivalência – inerente à sociedade contemporânea –, em determinadas situações, os benefícios advindos da escolha estatal – implementada para buscar a regularidade e correção de falhas de um subsistema – acabam sendo irrazoáveis e desproporcionais aos problemas e às desvantagens que acarretarão para outros subsistemas ou para direitos e garantias individuais[22]. As escolhas administrativas acabam produzindo efeitos de natureza multilateral, multipolar, levando Bauman[23] a afirmar que "cada resolução de problema gera novos problemas".

Notadamente no que diz respeito ao direito administrativo econômico, com viés regulatório, observa-se que há necessidade de expedição, pelas entidades administrativas, de inúmeras regras decorrentes da deslegalização de matérias pelo Poder Legislativo. E essa escolha regulatória, que também observa farta integração de conceitos técnicos-jurídicos indeterminados, não se enquadra nos diminutos espaços residuais do processo legiferante, nem tampouco se conforma no estreito vezo regulamentar.

Esta singularidade da norma regulatória[24] acaba por atribuir, para além de uma escolha discricionária (conveniência e oportunidade), uma escolha *regulática*[25] à Administração Pública ou, como sustentamos, *reflexiva*[26]. Por essa forma de intervenção estatal, o regulador deve, observando sua competência legal, atender ao interesse público sem, contudo, deixar de sopesar os efeitos e impactos dessas decisões no subsistema regulado com os interesses de segmentos específicos da sociedade – e, até mesmo, com o interesse individual no caso concreto.

Transportando alguns dos problemas atualmente registrados no Parlamento quando da elaboração de regras – inflação normativa, utilização de

---

[22] Nesse mesmo sentido: RIBEIRO, Ricardo Lodi. A *segurança jurídica do contribuinte na sociedade de risco*..., op. cit., p.59.

[23] BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência...,* op. cit., p. 227.

[24] Diogo de Figueiredo Moreira Neto adverte que o recurso a outras fontes normativas decorre, também, da "pletórica produção legislativa dos Estados, que vem assumindo proporções avassaladoras e inquietantes, abalando a certeza e segurança jurídica das sociedades complexas que emergiram com a Era da Informação". MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório...*, op. cit., p.124. Grifo nosso.

[25] A expressão é de Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Regulática* é a aceitação de espaços de autonomia de vontade coletiva, geralmente recobertos, nas sociedades organizadas, pelas entidades intermédias. É a substituição de um direito fundamentalmente imperativo por um direito também consensual, que prescinde da necessidade de definições políticas e de emprego imediato de coerção. Id. A globalização e o direito administrativo. In: *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo.* Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar: 2003. p. 561.

[26] GUERRA, Sérgio. Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

muitos conceitos abertos e indeterminados, ausência de clareza e eventuais ambiguidades do texto –, somados (i) à silenciosa restrição de acesso à elaboração da norma construída no âmbito do Executivo "em gabinetes fechados e sem publicidade alguma, libertos de qualquer fiscalização ou controle da sociedade ou, mesmo, dos segmentos sociais interessados na matéria"[27]; (ii) a ausência de fixação, nas leis setoriais, em bases claras e bem definidas, do que é matéria de natureza política (e, portanto, de competência da administração pública direta) e do que é matéria de natureza técnica (de competência dos reguladores independentes); (iii) e a possibilidade de o regulador editar normas com tal grau de tecnicismo que impeça a compreensão por setores não especializados[28]; também no âmbito das entidades reguladoras estatais haverá grande chance de imprevisibilidade de decisões, arbítrio e, conseqüentemente, aumento da insegurança jurídica na regulação.

Nesse diapasão, desponta uma questão de capital importância concernente à configuração do preceito da segurança jurídica nas relações contemporâneas entre a Administração Pública reguladora com "competências especializadas"[29], o agente regulado que desenvolve atividade econômica e a sociedade, tudo isso diante da velocidade com que se operam as mutações cotidianas face um incontrolável tecnicismo e cientificismo.

Sobre esse avanço tecnológico dos tempos atuais vis-à-vis a segurança jurídica, Almiro do Couto e Silva[30] adverte que este postulado é um elemento conservador inserido na ordem jurídica, destinado à manutenção do *status quo* e a evitar que pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou na conduta do Estado. Contudo, coloca-se em posição de tensão com as tendências que pressionam o Estado a se adaptar a novas exigências da sociedade (sejam elas de caráter econômico, social, cultural, ou de qualquer outra ordem), ao influxo, por vezes, de avanços tecnológicos ou científicos, como os realizados com impressionante velocidade no decorrer do século XX.

---

[27] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. "Poder" regulamentar ante o princípio da legalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 4, p. 71-78, 1993. p. 74.

[28] A advertência é feita por PALMA FERNÁNDEZ, José Luis. *La seguridad jurídica...,* op. cit., p.47.

[29] Bauman adverte que o relacionamento do indivíduo com a natureza e a sociedade é efetivamente mediado pelas competências especializadas e a tecnologia que as serve. Os técnicos são aqueles que possuem essa competência e administram suas técnicas que comandam as atividades vitais. A técnica, produzida e controlada pelo especialista, constituiu o verdadeiro ambiente da vida individual. Nesse ambiente surgem em grande parte a ambivalência e a insegurança e, com elas, grande parte dos perigos percebidos". BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência...,* op. cit., p. 225. Grifo nosso.

[30] SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6., p. 1-59, jul./set. 2004, p. 12.

A idéia de segurança jurídica – aponta Luis Roberto Barroso[31] – enfrenta, nessa senda, uma crise de identidade neste início de século e milênio, uma quadra histórica identificada como rótulo ambíguo de *pós-modernidade*. Vive-se a era da velocidade da transformação com as novas gerações de computadores, os novos instrumentos de conexão em rede universal, as novas fronteiras nos medicamentos e na genética[32].

Em resumo: com o atual direito administrativo econômico, baseado em *"regras de regulação cujos efeitos, na prática, são inegavelmente onerosos"*[33], a doutrina administrativista se depara com as diversas indagações, decorrentes da "crise de identidade" que afeta o postulado da segurança jurídica:

a) O primeiro aspecto se apresenta como um dilema: ou se regula, apenas, por meio da reserva da lei, para se buscar uma suposta previsibilidade legalitária e aparente segurança jurídica legislada (permitindo o uso abusivo da regra, ainda que contra direitos fundamentais), ou parte-se para a visão axiológica objetiva, pós-positivista, da segurança jurídica e se permite uma intervenção regulatória sem o "manto sagrado" da lei (e, com isso, gera-se insegurança)[34]. Dito de outra forma: como compatibilizar a premissa basilar e essencial da segurança jurídica na regulação de atividades econômicas, decorrente do Estado Democrático de Direito, haja vista a incapacidade, por diversas razões, do princípio da legalidade concretizar a justiça oriunda da desejável previsibilidade normativa nos comportamentos do cidadão, em cotejo com as novas exigências da sociedade (econômicas, sociais etc.) e influxos de avanços tecnológicos?

b) Partindo da premissa de que os mecanismos de edição das leis editadas pelo Parlamento (*v.g.* utilização de muitas cláusulas gerais e conceitos indeterminados, ausência de clareza e eventuais ambiguidades do texto) não atingem as necessidades e carências da sociedade pós-moderna (decorrentes de diversos aspectos e vetores, *v.g.* globalização, tecnicidade, riscos etc.), haja vista que geram insegurança na aplicação do Direito, indaga-se: a escolha regulatória, por meio da deslegalização de matérias, ainda que diante da necessária mobilidade, pode ser um meio de solucionar ou minimizar essa crise, ampliando a segurança jurídica? Seria possível a elaboração de uma metodologia que privilegiasse a segurança jurídica possível, a ser observada pelas entidades reguladoras na elaboração de normas que dão sustentabilidade a suas escolhas? Qual seria a base dessa metodologia?

---

[31] BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 51.

[32] Idem, ibid. p. 51. Sobre a era da informação, economia, sociedade e cultura, ver o capítulo I do primeiro volume da trilogia de CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*..., op. cit. p. 67 ss.

[33] STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: *Regulação econômica e democracia*: o debate norte-americano. Paulo Mattos (Coord.). São Paulo: Editora 34, 2004. p. 23.

[34] Esse ponto é indicado por Ricardo Lobo Torres, com arrimo em Isensee, como sendo o "dilema constitucional". Ou se mantém a atuação da Administração Pública sob a reserva da lei ou se aceita a necessidade supralegal jusfundamental e intervém sem o título "legítimo" da legalidade. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado...,* op. cit. p. 179. Grifo nosso.

Além dos aspectos acima destacados, o tema que envolve a segurança jurídica na regulação estatal de atividades econômicas carece de um maior enfrentamento doutrinário acerca das condições para sua possível releitura diante de atos jurídicos perfeitos prospectivamente injustos. Trata-se, no caso em questão, de contratos firmados entre o Poder Concedente e o setor privado para a prestação de serviços públicos, por delegação do Estado, ou mesmo a intervenção estatal em atividades privadas sensíveis (a exemplo da saúde suplementar e vigilância sanitária) em um ambiente de permanente mutação de questões técnicas, riscos globalizados, situações imponderáveis e das variações socioeconômicas no país.

Com efeito, na delegação de serviços públicos – *v.g.*, com prazo total de 50 ou 60 anos –, os editais e os contratos de concessão que conformam, juntamente com as normas, o marco regulatório, não prevêem, logicamente, todas as variantes técnicas do serviço concedido e do ambiente para sua prestação e seus impactos, serviços a serem explorados para aferição de receitas alternativas etc.

Por esse fato, em determinadas situações em que o Direito – seja do próprio prestador do serviço, do Estado ou mesmo dos usuários – venha a ser afetado por questões imprevisíveis, decorrentes das carências sociais, novas tecnologias ou provenientes de impactos, naturais ou não, ocorridos no ambiente mercadológico globalizado e de risco, pode ser necessário, no caso concreto, que o regulador proceda a revisões de atos jurídicos perfeitos para além dos limites postos na lei geral de licitação e contratos administrativos.

Não se pretende enfrentar, neste artigo, as nuances clássicas do ato jurídico perfeito, do direito adquirido ou da coisa julgada, corolários da segurança jurídica (viés de natureza objetiva)[35], todos largamente examinados em sede tanto doutrinária[36] quanto pretoriana, ainda assim com inúmeros questionamentos. Entretanto, pretende-se perquirir como enfrentar as condições extraordinárias necessárias para ser possível a mutabilidade consensual dos contratos administrativos no âmbito da regulação estatal das atividades econômicas, de modo que o sistema jurídico afaste o arbítrio e os atos expropriatórios dissimulados, e encontre os mecanismos de mediação e compatibilização, para, além do "ser" e do "dever-ser", encontrar o "como ser"[37] entre segurança jurídica e a justiça social[38].

---

[35] SILVA, Almiro do Couto. *O princípio da segurança jurídica...,* op. cit., p. 10.

[36] Dentre os inúmeros trabalhos sobre a questão, mencione-se a obra coletiva que aborda esses temas: *Constituição e segurança jurídica. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Cármen Lúcia Antunes Rocha (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

[37] Na expressão de GIDDENS, Anthony. *A vida...*, op. cit., p. 94.

[38] Essa correlação entre segurança jurídica e justiça é assim aduzida por Peres Luño: "En cuanto valor jurídico la seguridad mantiene un constante relación de engarce no siempre adecuadamente entendida, con la justicia. Dicha relación ha sido planteada, la más de las veces, en términos de una antítesis inevitable cuyas polaridades vienen determinadas por: una justicia concebida como exigencia de adaptación del Derecho a las necesidades de la vida social; y una seguridad jurídica encarnada por los rasgos formales, permanentes y de obligado

Bermejo Vera[39] comenta ser curioso que, para que a segurança jurídica alcançasse seu autêntico significado e valor, foi necessário que o Direito se convertesse em uma fonte de insegurança[40]. Esse pensamento é compartilhado por Ricardo Lobo Torres[41] ao advertir que a segurança jurídica, enquanto valor absolutamente abstrato na atual sociedade de riscos, deixa de ser a segurança "legislada" dos direitos individuais para se expandir no sentido da segurança social e da segurança dos direitos difusos. Nesse contexto, flexibilizam-se a segurança e a legalidade, perdendo aquela conotação fechada que tinha no início do Estado de Direito. E ressalva: *"claro que a flexibilização traz alguma insegurança, causando desconforto aos autores de índole positivista"*[42].

Nesse sentido, ao comentar o modelo aberto da Constituição Federal de 1988, Diogo de Figueiredo Moreira Neto[43] aborda a necessária releitura da segurança jurídica: *"O modelo aberto, diversamente, admitindo-se como uma conformação mista de princípios e preceitos, tal como o é o brasileiro, embora perca em termos de segurança, reduzindo o dogmatismo, compensa-se por ser mais flexível, mais ágil, por permitir uma participação jurisprudencial mais ativa, por possibilitar a existência de uma axiologia constitucional mais definida e, por isso, ser politicamente mais duradouro."*

Nessa ordem de idéias, impõe-se um exame crítico acerca dessas questões e o esboço de uma metodologia que possa ser suficiente para privilegiar a segurança jurídica a ser observada pelas entidades reguladoras na elaboração de normas que sustentam suas escolhas. O tema deve ser analisado sob a ótica material da abertura constitucional, da mutação da segurança jurídica, tudo com as especificidades da "sociedade de riscos" do Estado de exceção econômica permanente[44].

---

cumplimiento que conforman el Derecho". PERES LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad juridica*. 2.ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1994. p. 11.

[39] BERMEJO VERA, José. *El declive de la seguridad jurídica...,* op. cit., p. 89.

[40] Em sentido próximo, GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica...,* op. cit., p. 47.

[41] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado...,* op. cit., p. 93.

[42] Id. Ibid., p. 195.

[43] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo...,* op. cit., p. 82. Grifo nosso. No mesmo sentido, BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional...,* op. cit., p. 69: "Com o refluxo dos positivismos – normativistas, historicistas e sociológicos – os princípios jurídicos deram nova configuração ao quadro teórico do *pós-positivismo*, introduzindo ou aprofundando conceitos como os de ponderação, razoabilidade, igualdade e subsidiariedade, dentre outros. A interpretação constitucional, ao servir-se dos limites e possibilidades oferecidos pelos princípios para a busca da solução justa no caso concreto, amplia o poder de criação e a subjetividade do intérprete. Perde-se, assim, em previsibilidade e certeza das das decisões, embora a norma escrita sempre permaneça como um parâmetro objetivo, demarcando as fronteiras de atuação. Mas o que se sacrifica, eventualmente, em segurança, é devolvido com lucro na melhor realização da justiça constitucional". Grifo nosso.

[44] Objeto de profundo estudo de BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente...,* op. cit. p. 65 ss.

1. SEGURANÇA (OU INSEGURANÇA) QUE SE EXPERIMENTA NA ATUAL AMBIVALÊNCIA E SUBSIDIARIEDADE DA SOCIEDADE DE RISCOS

A Carta Magna de 1988 disciplinou o espaço que cabe ao Estado e à sociedade, em termos de exploração de atividades econômicas. A Constituição Federal não só apresenta os princípios acerca desta questão como é impositiva – não restando qualquer dúvida, portanto, quanto ao papel público e privado – ao determinar que competem ao Poder Público as funções regulatórias conformadas pelas atividades de fiscalização, incentivo e planejamento.

A subsidiariedade também é marco da Carta Política de 1988 no que se refere à repartição de competências entre os entes federados na regulação de determinadas atividades econômicas. A competência de natureza supletiva – ou subsidiária – enquadra as atribuições originalmente de outro ente federado, mas, diante de sua omissão ou atuação sem obedecer a norma, é preenchida por outro ente[45]. No campo das atividades econômicas, a exceção ao princípio da subsidiariedade está na atuação direta pelo Estado quando a exploração de atividade econômica se destinar aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

O papel do Estado está, portanto, subsumido ao princípio da subsidiariedade, em que se destaca a primazia do setor privado sobre as iniciativas estatais no exercício de atividade econômica. Ao seguir o comando constitucional, o Estado deve, em regra geral, abster-se de exercer atividade econômica, de modo que não seja um concorrente do particular. Nesse contexto, as atividades típicas do Estado regulador devem permanecer sob a responsabilidade estatal, pois estas são diligências indelegáveis à iniciativa privada.

Conforme a doutrina de Silvia Faber Torres[46], a tese de que deve-se subtrair dos indivíduos e dos grupos sociais o que eles próprios podem realizar com eficácia satisfatória, importa em que se verifique, antes de chegar ao Estado, o que de fato está compreendido em sua capacidade. Deve-se reconhecer ao indivíduo o *"direito e a prioridade de atuar com seus próprios meios para a satisfação de seus interesses, só deferindo às entidades da sociedade aquilo que ele não possa fazer"*[47]. Vale dizer, se uma determinada atividade puder ser cumprida com equivalente nível de eficácia, seja pelo cidadão, seja pelos

---

[45] A expressão cunhada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*cadeia de subsidiariedades*) bem reflete essa questão. Aparece em seu artigo Cidadania e advocacia no estado democrático de direito, publicado na *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 50, p. 118, 1997.

[46] TORRES, Silvia Faber. *Princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.12. Sobre o tema, ver, ainda: FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. Reflexiones sobre el valor jurídico de la doctrina de la subsidiariedad en el derecho administrativo español. In: *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, e RIVERO YSERN, Enrique. El principio de subsidiariedad. In: *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

[47] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Cidadania...*, op. cit., p. 118.

grupos sociais, e, ainda, pelo Estado, deverá ser reservada àquele que estiver em plano mais próximo do indivíduo[48].

Sob essa configuração de subsidiariedade *"redesenha-se a segurança dos direitos fundamentais na fase atual do relacionamento entre Estado e Sociedade, em que esta assume o papel preponderante"*[49], em que o Estado deve agir subsidiariamente *"na função regulatória e na impossibilidade de o indivíduo ou a sociedade resolverem seus próprios problemas"*[50].

Nesse campo de questões, e sob o ponto de vista da gradativa subsidiariedade – do indivíduo para a comunidade e, só depois, para o Estado –, a sociedade contemporânea e globalizada recebe de alguns autores[51] a denominação de "sociedade de riscos", edificada após os efeitos simbolicamente representados pela queda do muro de Berlim, em 1989[52]. A sociedade de riscos não é uma opção a ser escolhida ou rejeitada pela sociedade[53]; tem os traços pós-modernos conformados pela *"ambivalência, insegurança, a procura de novos princípios e o redesenho do relacionamento entre as atribuições das instituições do Estado e da própria sociedade"*[54].

O conceito de sociedade de riscos como nova categoria da sociedade atual[55] designa um estágio ou superação da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial. Isso levanta a questão da autolimitação daquele desenvolvimento, assim como da tarefa de redeterminar os padrões de responsabilidade, segurança, controle, limitação do dano e distribuição das consequências do dano atingidos até aquele momento, levando em conta as ameaças potenciais[56].

Na sociedade atual, surge um "conflito fundamental"[57], que promete tornar-se característico da sociedade de risco. Os progressos decorrentes da industrialização – desenvolvidos até o século XIX – levavam o homem a pensar que suas ações conduziriam à segurança total, isto é, com suas técnicas o homem buscava lograr o fim dos riscos e catástrofes naturais. Contudo, o

[48] Veja a advertência de FARIA, José Eduardo. *Direito na economia globalizada...,* op. cit., p. 35-36.
[49] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado...,* op. cit., p. 176.
[50] Id. Ibid.
[51] A exemplo de BECK, Ulrich. *Risk society:* towards a new modernity. London: Sage, 1993 e SUNSTEIN, Cass R. *Risk and reasons:* safety, law and the environment. Cambridge: Cambridge Press, 2002.
[52] Nesse sentido, ver BECK, Ulrich. *A reinvenção da política...,* op. cit., p. 11.
[53] Id. Ibid., p. 16.
[54] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado...,* op. cit., p. 177. Prossegue o autor: "Da ambivalência e do caráter paradoxal da sociedade de risco decorre a modificação do próprio conceito de segurança, em crescente contraste com o de insegurança." Id. Ibid., p. 178. Grifo nosso.
[55] A inclusão da sociedade de riscos como nova categoria da sociedade atual mereceu críticas de autores, em que se destaca DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco*..., op. cit., p. 196-197.
[56] BECK, Ulrich. *A reinvenção da política...,* op. cit., p. 17.
[57] Id. Ibid., p. 23.

avanço tecnológico – que gerou um "risco fabricado"[58], "fruto da decisão humana"[59] – ocorrido durante o século passado levou o homem a sofrer os efeitos de sua própria ação.

Por isso não se encontra na pós-modernidade a *"utilidade para a 'certeza' e 'segurança'"*[60]. Nada pode ser conhecido com segurança e qualquer coisa que seja conhecida pode ser conhecida de um modo diferente. *"Apostar, agora, é a regra onde a certeza, outrora, era procurada, ao mesmo tempo que arriscar-se toma o lugar da teimosa busca de objetivos"*[61].

A compreensão do Estado de risco como aspecto nuclear na organização da sociedade contemporânea remete a uma dinâmica peculiar que submete o direito administrativo a um novo papel, a uma transformação. Some-se a isso os efeitos da globalização, em que tornam-se *"vulneráveis à disciplina estabelecida por opções e decisões econômicas feitas em outros lugares por pessoas, grupos empresariais e instituições"*[62] sobre as quais inexistem mecanismos de controle.

Nesse sentido, o direito administrativo econômico cumpre uma função essencial na prevenção e composição das antinomias surgidas pela ambivalência e aporias inerentes à tecnicidade e complexidade das relações sociais.

2. CONTORNOS CLÁSSICOS DA SEGURANÇA JURÍDICA: CERTEZA E ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES E SITUAÇÕES JURÍDICAS

Como enfrentar a insegurança jurídica em questões afetas ao direito administrativo econômico em vista da globalização[63] e das peculiaridades da sociedade de riscos? De início e para a perfeita compreensão da questão e busca de métodos para privilegiar a segurança jurídica afeta ao direito administrativo econômico, cumpre examinar seus contornos clássicos.

As garantias e os direitos fundamentais, para se tornarem efetivos, devem estar sob o manto da segurança das relações jurídicas entre o Estado e

---

[58] GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole...,* op. cit., p. 24.
[59] LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996. p. 31-32.
[60] BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência...,* op. cit., p. 113. Como dito, para Bauman, cada resolução de problema gera novo problema. Id. Ibid., p. 227.
[61] Id. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998. p. 36 (título original: *Posmodernity and its discontents*).
[62] FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada...*, op. cit., p. 37.
[63] Id. Ibid., p. 39: "De que modo conceitos e categorias construídas em torno do princípio da soberania, como *monismo jurídico, norma fundamental, poder constituinte originário, hierarquia das leis, direito subjetivo* e segurança do direito, podem captar todo o dinamismo e interdependência presente no funcionamento de uma economia globalizada?". Grifo nosso.

cada membro da sociedade. A segurança jurídica representa, dessa forma, a idéia de um conjunto de condições que possa tornar possível à sociedade o prévio conhecimento das conseqüências de seus atos à luz das normas preestabelecidas pelo sistema jurídico.

Essa ordem de pensamento não encontra dissenso doutrinário. Isto é, a busca por segurança jurídica foi – e continua sendo – um dos principais pilares de sustentação do Estado de Direito, como indica John Locke na defesa intransigente do Poder Legislativo como poder supremo da comunidade. Para Locke, o objetivo primordial do homem seria formar a sociedade de modo que pudesse desfrutar da propriedade em paz e segurança.

Mesmo na busca da conciliação de interesses antagônicos – conquistados pelos revolucionários e aqueles defendidos pelo regime monárquico –, Benjamin Constant também ressaltou a relevância da segurança e sua vinculação à justiça e às garantias individuais, tudo limitado ao prescrito nas leis[64].

Nas conclusões apresentadas por William Simon[65], *"o ideal libertário exige que as pessoas tenham conhecimento dos seus direitos e obrigações antes de agir, para que possam planejar os seus negócios".* Por isso, e ao comentar os princípios da boa-fé e da confiança legítima, ambos derivados da segurança jurídica, Jesús Gonzáles Pérez[66] denota que segurança jurídica supõe garantia e certeza do direito nas relações com o poder público, certeza esta que se materializa na manutenção de determinadas situações, ainda que não sejam de todo conforme o Direito, mas que exista confiança em sua legitimidade.

De igual pensamento e sob um viés formalista, José Afonso da Silva[67] assevera que os valores constitucionais esvanecem-se todos se não forem protegidos pela indeclinável couraça da segurança jurídica. Segurança jurídica, sob esse viés formal, é o conjunto de condições que torna possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências de seus fatos à luz da liberdade reconhecida[68]. A certeza e a estabilidade das relações e situações jurídicas repousa fundamentalmente na previsibilidade das conseqüências jurídicas das ações humanas, o que vale dizer, na segurança de que o cumprimento estrito das regras não será, no amanhã, deixado à margem da

[64] Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad...*, op. cit., p. 33.
[65] SIMON, William H. *A prática da justiça.* São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 67.
[66] GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 3.ed. Madrid: Civitas, 1999. p. 53.
[67] SILVA, José Afonso da. *Curso...,* op. cit., p. 412.
[68] No mesmo sentido Celso Antônio Bandeira de Mello denota que o "princípio da segurança jurídica é, provavelmente, o maior de todos os princípios fundamentais do Direito, já que se encontra em sua base, em seu ponto de partida". BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Reforma da previdência.* Rio de Janeiro: CONAMP, 2004. p. 67.

legalidade, consoante sempre ressaltado nos melhores estamentos da filosofia do Direito[69].

Malgrado esse conceito quase unânime em sede doutrinária, que atenderia plenamente à necessidade prática de se preservar direitos e garantias fundamentais em qualquer situação, é indisputável nesse início de milênio que a rápida evolução tecnológica e científica que permeia os subsistemas regulados – isso sem falar contar com epidemias, grandes desastres naturais, terrorismo etc. – acaba por trazer um clima de incerteza ("que prolifera por toda parte")[70], insegurança e "comprometimento da coesão social"[71].

Bauman anota que uma das características mais marcantes da modernidade em seu estado "sólido" era uma visão *a priori* de um "estado final", que seria o eventual ponto culminante dos esforços correntes de construção da ordem. Seria um estágio em que a economia ficaria estável, haveria um sistema em equilíbrio, uma sociedade justa ou um código de direito e ética racionais. Contudo, a pós-modernidade ou *"modernidade diluída [...] liberta as forças da mudança, como a bolsa de valores ou os mercados financeiros: deixa que as pessoas 'encontrem seu próprio nível'"*[72]. Segundo Laubadère, a flexibilidade inerente ao direito administrativo econômico traduz-se pelo lugar dado às possibilidades de mudança e de adaptação de regras, atos, situações jurídicas. *"Mutabilidade, plasticidade, direito móvel ou flexível ou movediço, estas expressões são vulgarmente empregadas para caracterizar um dos aspectos [...] da maleabilidade do direito administrativo econômico"*[73].

Ademais disso, propugna-se a efetividade de uma abertura constitucional governada por uma ordem de valores, em que não mais se admite a divinização da lei. Em um sistema jurídico marcado pela importância da axiologia objetiva, pela nota da abertura às pautas valorativas, a arte que se impõe ao profissional do Direito é a de encontrar, justificadamente, a solução ou a concatenação normativa mais adequada, mais correta, mais consentânea com os mandamentos daquilo que a sensibilidade jurídica reconhece como pertencente à concepção de "*direito justo*" vigente em determinado contexto histórico-social[74].

---

[69] Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis n° 9.868 e 9.882/99. In: *O controle de constitucionalidade e a lei n° 9.868/99*. Daniel Sarmento (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 98.
[70] Na advertência de BECK, Ulrich. *A reinvenção da política...*, op. cit., p. 24.
[71] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica...*, op. cit., p. 47.
[72] BAUMAN, Zigmunt. *Comunidade*: a busca por segurança no mundo atual. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003. p. 69.
[73] LAUBADÈRE, André de. *Direito público económico*..., op. cit., p. 114.
[74] Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta...*, op. cit., p. 51.

3. CARÁTER AXIOLÓGICO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO CONTEXTO REGULATÓRIO ESTATAL BRASILEIRO

Peres Luño[75] adverte que os principais temas cotidianos, tais como valores e princípios constitucionais, liberdade ou submissão do juiz ao aplicar o Direito, concepção procedimental da justiça, tutela dos direitos humanos, obediência ao Direito, dissenso na técnica legislativa – pluralidade de fontes –, e, por fim, as implicações jurídicas decorrentes das novas tecnologias – tecnicidade – não podem ser perfeitamente compreendidos – ou sequer explicados – sem referência expressa à segurança jurídica.

Nesse vezo, o autor examina a questão sob o seguinte enfoque na parte introdutória de obra específica sobre o tema: *"Este estudio se propone, por tanto, dar cuenta de los nuevos rumbos por los que discurre la proyección jurídica de la seguridad como valor fundamental (Grundwert) de las sociedades democráticas actuales. Ello exige revisar el concepto de la seguridad jurídica; su relevancia en el Estado de Derecho, de modo especial en el Estado social de Derecho; así como su significado como valor fundamental de esa forma política, lo que obliga a reconsiderar su conexión con los demás valores, en particular, con la justicia".*[76]

O destaque dado por Peres Luño no enquadramento da complexidade e tecnicidade cotidiana como aspecto essencial – a ser observado quando do reposicionamento da segurança jurídica na atual sociedade de riscos – relaciona-se diretamente à nova categoria de escolha administrativa (regulatória).

Quando se está diante de uma decisão administrativa complexa (*hard case)* afeta ao direito administrativo econômico, que, por sua natureza, afeta diretamente parcela da sociedade, não parece ser correto invocar a segurança jurídica legislada e, portanto, estrita. Há de se ponderar e alcançar situações consensuais observadas na clausura auto-referencial do subsistema à luz de custos e benefícios para a manutenção de outros valores de idêntica dignidade jusnatural e constitucional.

Para se saber se a escolha regulatória é considerada justa para a hipótese, é necessário, na perspectiva do Direito contemporâneo, não apenas que a justificativa seja retrospectiva, levando em conta dados do passado, mas que sejam considerados também, por meio de um exercício prospectivo, elementos justificativos voltados para o futuro[77].

É nesse contexto que se destaca a questão axiológica da segurança jurídica na regulação. Na escolha regulatória, a segurança jurídica estará presente na demonstração de que as soluções adotadas para o equilíbrio auto-referencial do subsistema, uma vez implementadas, partiram de uma norma previamente debatida, ponderada e valorada tecnicamente, que houve sopesamento entre custos e benefícios para sua aplicação e que tais soluções

[75] PERES LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad juridica...,* op. cit., p. 13.
[76] Id. Ibid.
[77] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório...,* op. cit., p. 101.

não comprometerão outros valores que mereçam ser salvaguardados ou, pelo menos, que o farão em nível proporcionalmente tolerável em relação a esses valores fundamentais.

Diante dessa premissa, entende-se o enquadramento da segurança jurídica na regulação estatal de atividades econômicas sob a vertente axiológica, impondo-se uma releitura da segurança jurídica exaltada no modelo positivista oitocentista.

Com efeito, a segurança jurídica no ambiente do novo direito administrativo econômico não deve estar simplesmente atrelada às leis; deve estar apoiada no equilíbrio cíclico e auto-referencial sistêmico, vinculada aos direitos fundamentais, pois preocupada com o caso concreto. *"Apenas no caso concreto será possível determinar a extensão de aplicação das exigências de segurança jurídica e dos outros valores eventualmente em conflito"*[78].

Isso faz sentido, pois o positivismo, ao negar a via valorativa, deriva para o "monismo axiológico"[79], defendendo a preponderância de um só valor. É, ainda, função do Direito, que assegura a realização das liberdades[80] e da justiça[81].

Como valor, a segurança jurídica estará apta a ser considerada condição para a existência do equilíbrio de interesses sem *"posição de superioridade fáctica ou jurídica"*[82] acoplada a outros valores de igual distinção jurídica. *"A certeza quanto ao direito aplicável não é o único valor tutelado pelo ordenamento. A segurança jurídica pode se contrapor, por exemplo, ao interesse público, [...] às exigências de justiça material"*[83]. Não deve, dessa forma, ser invocada pelos administradores públicos reguladores e pelos tribunais simplesmente como princípio, a ser ponderado e sopesado com outros princípios.

Bermejo Vera[84] traduz a segurança jurídica como valor, sob argumento de que a mesma aspira ordenar a vida social por meio da justiça. Contudo, adverte que justiça é algo externo, derivado do Direito, enquanto o Direito contém, em sua própria essência, a segurança jurídica. Segurança jurídica *"é um valor constitucional, que se qualifica como subprincípio do princípio maior do Estado de Direito"*[85].

O Estado de Direito é, por si só, uma organização política permeável às mudanças para atender a necessidades sociais, de modo que a segurança jurídica deixa de ser um princípio, uma categoria estática, para garantir a dinâmica e adaptações do Direito à *práxis*. O enfoque dado ao tema – e que

[78] BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica...,* op. cit., p. 50.
[79] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado...,* op. cit., p. 52.
[80] PERES LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad juridica...,* op. cit., p. 37-38.
[81] Id. Ibid., p. 96.
[82] SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca*..., op. cit., p.207.
[83] BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica...,* op. cit., p. 50.
[84] BERMEJO VERA, José. *El declive de la seguridad jurídica...*, op. cit., p. 43.
[85] SILVA, Almiro do Couto e. *O princípio da segurança jurídica...,* op. cit., p. 17.

dificulta sua compreensão – parte de uma heterogeneidade entre justiça – valor – e segurança jurídica – dado fático que deriva da positividade do direito, ou de determinadas condições de fato sociológicas ou políticas.

4. MECANISMOS PARA CONTER INCERTEZA E IMPREVISIBILIDADE NOS TEMAS AFETOS AO DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO

Se, de um lado, é justo sustentar que a função normativa inserida no atual direito administrativo econômico decorre do tecnicismo galopante em que vive a sociedade de riscos, de outro, o modelo estatal regulatório vigente no Brasil deve-se assentar em solução jurídica que impeça que a grande quantidade de atos normativos editados pelas entidades autárquicas especiais (inflação normativa) venha a conduzir o subsistema regulado ao agravamento da imprevisibilidade e conseqüente insegurança jurídica inerente à sociedade pós-industrial.

Ademais disso, conforme anota Patrícia Baptista[86], para além do processo de produção das normas, a superação da hermenêutica sistêmica e a influência de sistemas exteriores ao Direito (economia, moral, política etc.) trazem imprevisibilidade para a aplicação do direito.

Assim, urge no direito administrativo econômico mecanismos para mitigar[87] a incerteza decorrente da abertura de espaços para o exercício das escolhas administrativas por meio de certa previsibilidade técnica, somado a um sistema formal para a edição de normas regulatórias[88].

4.1 MITIGAÇÃO DA ABERTURA DOS ESPAÇOS PARA ESCOLHAS ADMINISTRATIVAS POR MEIO DA PREVISIBILIDADE TÉCNICA

Se, de um lado, a evolução das escolhas administrativas caminha para uma nova fase, que não nega a necessidade de se ampliar a atuação estatal executiva, e, de outro, sustenta-se haver incompatibilidade entre a fórmula que compõe a discricionariedade administrativa – oportunidade e conveniência –

[86] BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima...,* op. cit., p. 18.
[87] Id. Ibid., p. 21-22: "Não se perca de vista, porém, que o ideal de um direito seguro não pode ser mais do que isso: um ideal. É necessário e desejável aumentar a segurança do direito – *i.e.*, a estabilidade, a acessibilidade e a previsibilidade das normas e das decisões -, mas não se conseguirá jamais eliminar todas as imprecisões e indefinições. Afinal, trata-se de normas que são feitas e aplicadas por seres humanos".
[88] Nos Estados Unidos da América, há regras claras acerca desses mecanismos. Sobre o *Administrative Procedure Act* (APA), que regula os procedimentos normativos das Agências Reguladoras norte-americanas, ver: SUNSTEIN, Cass. R. *O constitucionalismo após o the new deal...*, op. cit., p. 163 e, entre nós, BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras...,* op. cit.

"dependente de critério político"[89] com as reais necessidades cotidianas da sociedade pluriclasse, pode-se ter, como importante antídoto contra os riscos do arbítrio/tecnocracia, a procedimentalização. Vale dizer, o procedimento, como *"novo conceito central do direito administrativo",*[90] permite maior participação dos administrados, valorizando a "relação jurídico-administrativa"[91] com o poder público, notadamente diante de casos difíceis submetidos à escolha regulatória.

A procedimentalização efetivada com a participação real de grupos interessados e publicidade eficaz – divulgação na internet, participação em audiências públicas, dentre outras – é importante mecanismo para se alcançar a transparência necessária à legitimação da escolha reguladora descentralizada[92].

No âmbito desta procedimentalização da concretização das políticas públicas estatais, a previsibilidade técnica, como parâmetro mitigador dos riscos do arbítrio, é importante remédio contra as decisões casuísticas. A complexificação crescente da atividade administrativa contemporânea implica na consideração da escolha administrativa como instrumento funcionalmente ligado à criação de clareza e previsibilidade relativamente ao desenvolvido futuro das relações jurídicas administrativas[93].

O relacionamento entre a Administração e o cidadão deixou de ser esporádico e instantâneo[94], surgindo espaços para relações duradouras e continuadas. Isto é, *"a decisão deve ser prospectivamente responsável, levantando e estimulando, para esse efeito, as consequências previsíveis"*[95], de modo que a mesma seja ponderada *"tanto quanto a seu valor intrínseco quanto a seu valor posicional no contexto da questão a ser solucionada"*[96]. Na advertência de Patrícia Baptista[97], se é certo que não é legítimo ao cidadão esperar que as normas jurídicas não sejam alteradas, também é certo que ele deve esperar que eventuais mudanças não sejam bruscas nem tampouco contrariem explicitamente as expectativas despertadas por comportamentos da Administração Pública.

Esta previsibilidade das técnicas e dos mecanismos procedimentais que devem limitar a atuação das entidades reguladoras pode conformar solução jurídica que ajude a impedir que a grande quantidade de atos normativos decorrentes da deslegalização, editados por essas entidades autárquicas, venha a conduzir o subsistema regulado a uma insegurança jurídica insuportável.

---

[89] SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O contrôle...,* op. cit., p, 150.
[90] SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca*..., op. cit., p.301 ss.
[91] Nos moldes identificados por BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica...*, op. cit., p. 128-129.
[92] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A nova regulação estatal...*, op. cit., p. 96.
[93] SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca...*, op. cit., p.461.
[94] Id. Ibid., p. 99.
[95] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*..., op. cit., p.102.
[96] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*..., op. cit., p.102.
[97] BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica...,* op. cit., p. 328.

Alguns cenários em que a previsibilidade técnica vincula a escolha administrativa são apresentados por Paulo Otero. O conteúdo vinculante é determinado por meio do recurso a ciências exatas ou não, dotadas de origem empírica e que expressam o fruto de uma avaliação do tipo científica visando a determinados fins.

Segundo o autor[98], pode ocorrer: (i) nos casos em que o regulador acolha regras técnicas e científicas, autovinculando a futura atividade de seus órgãos; (ii) nas hipóteses em que as escolhas administrativas só possam ser feitas na seqüência de estudos técnicos e científicos que conduzam a resultados tendencialmente unívocos e que, portanto, não comportam valorações; (iii) na integração de conceitos jurídicos indeterminados que comportem a formulação de juízos de natureza ou conteúdo científico, e que, portanto, só podem ser concretizados por meio de critérios extraídos de tais ciências e (iv) no conjunto de operações materiais que, desenvolvidas no contexto das escolhas administrativas, traduzam o exercício de uma atividade profissional que obedece, em si e por si, a normas técnicas e científicas específicas.

Nesse contexto, entre questões técnicas já testadas e provadas, não deve o administrador público "inventar" fórmulas ou subterfúgios para proferir escolhas administrativas em "desconformidade aos precedentes anteriormente estatuídos"[99], isto é, em contradição com o que, na prática, tem sido observado por entidades técnicas, reguladores e regulados.

4.2 SISTEMA FORMAL PARA EDIÇÃO DE NORMAS AFETAS AO DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO

Além de mecanismos para mitigar a abertura de espaços para escolhas administrativas por meio de certa previsibilidade técnica, importa perseguir um sistema formal para a edição de normas afetas ao direito administrativo econômico.

O instrumento adotado no modelo estadunidense (berço do padrão regulatório pátrio) com esse fim é denominado de *rulemaking*, que consiste na indicação de procedimentos específicos para a edição de normas pelos reguladores que permitam a efetiva participação da sociedade[100].

---

[98] OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*..., op. cit., p 764 ss.

[99] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista de Direito do Estado*, n. 4 (out./dez. 2006), Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 231-244.

[100] Patrícia Baptista adverte que: "Como hoje largas áreas da atividade da Administração estão à margem da lei, resta ao administrador um amplo espaço para desempenhar funções normativas. Ocorre que é justamente nesse campo da atividade administrativa da Administração, apelidada na common law de *rule-making*, que a inserção da participação tem maior relevo, para conferir legitimidade à regulação efetuada". BAPTISTA, Patrícia. *Transformações...,* op. cit., p.160-161.

Outro mecanismo adotado nesse campo de questões no referido país é denominado de *adjudication*, isto é, a catalogação dos precedentes regulatórios. Por esse sistema, busca-se impedir que situações concretas, marcadas por questões técnicas idênticas ou semelhantes, sejam decidas de forma diversa ou adotadas de acordo com a conveniência ocasional ou passageira das autoridades regulatórias[101]. As vantagens na padronização dos mecanismos de edição de normas regulatórias podem ser resumidas no aumento da eficácia da ação administrativa, na diminuição da pressão dos interesses privados organizados sobre a escolha administrativa e na potencialização dos valores de certeza, igualdade e segurança.

Mesmo sabendo que, diante de especificidades locais, às entidades estatais brasileiras pode não se aplicar a integralidade dos mecanismos para tornar mais previsíveis os métodos de formulação das regras estadunidenses, algumas lições sobre o modelo regulatório *yankee* devem ser consideradas para efeitos de reforma legislativa do modelo regulatório pátrio. Vale dizer, considerando que as regras criadoras das entidades reguladoras brasileiras não dispõem acerca desses mecanismos, a eleição quanto aos meios de materialização dos comandos normativos técnicos encontra-se no campo da discricionariedade administrativa de cada entidade regulatória, desfavorável à segurança jurídica.

Além do *rulemaking* e do *adjudication*, com vistas à redução da insegurança jurídica pelo número incontável de normas regulatórias e pela ausência de mecanismos de edição de regras, pode-se cogitar: (i) a fixação, nas normas legalitárias, de espaços mais claros e objetivos do que seria considerado política pública, de competência dos órgãos da administração direta, bem como a indicação do que representa competência técnica, voltada à atuação do administrador; (ii) reconhecer como válida a trilha antes seguida por países como a Alemanha, Reino Unido, e a Suécia, no sentido de pôr termo prefixado às normas. Isto é, transcorrido aquele tempo de vigência da norma, a mesma fica derrogada automaticamente; (iii) poder-se-ia cogitar, ainda, uma publicação anual das normas de regulação de cada subsistema[102], a exemplo do que já se encontra positivado no artigo 212 do Código Tributário Nacional; e, finalmente, (iv) a definição de mecanismos claros de participação

[101] Cabral de Moncada, ao discorrer sobre a liberdade dos reguladores em optar pela *adjudication* ou *rulemaking* na execução da lei, conclui pela tendência de aplicação da *rulemaking*. Isso porque esta "permite ultrapassar as desvantagens da indeterminação e insegurança conseqüentes a uma criação só casuística do direito, típica da *adjudication*". CABRAL DE MONCADA, Luís S. *Estudos de direito público.* Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 131.

[102] García de Enterría cita o caso dos Estados Unidos da América, em que foram idealizados vários instrumentos para consolidação das normas regulatórias e da jurisprudência. As edições são periódicas e exercem uma enorme autoridade. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad...*, op. cit., p. 61 ss. PALMA FERNÁNDEZ se refere ao *sunset legislation* estadunidense, que permite que determinadas normas sejam válidas somente entre 5 a 10 anos, salvo se expressa e formalmente prolongadas no tempo. PALMA FERNÁNDEZ, José Luis. *La seguridad jurídica...,* op. cit., p. 26. Esse mecanismo seria extremamente útil no Brasil, pois, é comum que disposições de normas muito antigas sejam "sacadas" para questionar a atuação dos particulares no exercício das atividades econômicas.

da sociedade nos processos, na ponderação e na valoração tecnicamente motivada.

Alcançando-se a conjugação cumulativa dessas propostas, pensa-se que escolhas afetas ao direito administrativo econômico deixariam de ser atos unilaterais, voltados a critérios de conveniência, oportunidade e excludentes da participação dos interessados, e, desse modo, privilegiando a segurança jurídica, teriam mais dificuldades de surpreender o agente regulado.

CONCLUSÃO

Na fase por que passa a sociedade não se encontra a utilidade para a certeza e segurança. A compreensão do Estado de risco como aspecto nuclear na organização da sociedade contemporânea comete a uma dinâmica peculiar que submete o direito administrativo a um novo papel, a uma transformação.

A regulação estatal de atividades econômicas, neste contexto, afeta ao direito administrativo econômico cumpre uma função essencial na prevenção e composição das antinomias decorrentes da ambivalência e das aporias surgidas com a tecnicidade e a complexidade das relações sociais.

A idéia de segurança jurídica enfrenta uma “crise de identidade” neste início de século. No campo da regulação de atividades econômicas pelo Estado, a “crise” advém do fato de que a estrutura normativa regulatória deve ser estruturada de forma diversa do conceito legalitário formal, haja vista que as políticas nacionais típicas do Estado pós-moderno se apresentam, na prática, mediante a edição de diversas normas gerais com conceitos jurídicos indeterminados, que, logicamente, não conseguem tudo prever para nortear a atuação dos agentes públicos reguladores nem tampouco dos agentes regulados.

Em algumas regras editadas por autoridades estatais não se pode pensar em simplesmente executar o que está indicado na lei, produzida no âmbito do Parlamento. Nas questões difíceis (*hard cases*) as normas têm linhas mestras da política econômica e social, fazendo com que tenha de haver uma liberdade ao administrador público na hora de executar reflexivamente os comandos gerais da norma, dependendo (i) dos dados empíricos decorrentes das técnicas disponíveis e testadas; (ii) da circunstância fática em que a norma está sendo aplicada, e (iii) dos impactos prospectivos multilaterais decorrentes do ato.

Diante dessas considerações, o ponto agudo identificado conduziu a busca de meios para compatibilizar a premissa basilar do valor “segurança jurídica” na regulação de atividades econômicas, decorrente do Estado Democrático de Direito, com outros valores, outros princípios e outras regras.

Nessa senda, apresenta-se com humildade uma metodologia que possa ser suficiente para privilegiar a segurança jurídica a ser observada pelas entidades estatais na elaboração de normas que sustentam suas escolhas. Nessa trilha, constatou-se ser indisputável que há uma colisão direta entre, de um lado, a necessidade de se estabelecer e respeitar a segurança jurídica, e a liberdade como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, com a necessidade de se repensar a segurança jurídica formalista para que esse engessamento não se volte contra fundamentos axiológicos materializados nos direitos e nas garantias fundamentais.

As vantagens na padronização dos mecanismos de edição de normas afetas ao direito administrativo econômico podem ser resumidas no aumento da eficácia da ação administrativa, na diminuição da pressão dos interesses privados organizados sobre a decisão administrativa e na potencialização dos valores de certeza, igualdade e segurança.

Ainda com vistas à redução da insegurança jurídica pelo número incontável de normas, cogitou-se pôr termo prefixado às mesmas e, até mesmo, a consolidação das normas periodicamente. Propôs-se a observância, na edição de normas legalitárias, de espaços mais claros e objetivos do que seria considerado política pública, de competência dos órgãos da administração direta, bem como a indicação do que representa competência técnica voltada à atuação do regulador. Pensou-se em reconhecer a importância de definição normativa de mecanismos claros de participação da sociedade nos processos, na ponderação e na valoração tecnicamente motivada.

Acima de tudo, buscou-se destacar neste artigo a importância do debate acerca da segurança jurídica sob bases axiológicas com o redesenho desse valor na fase atual do relacionamento entre Estado e Sociedade e, consequentemente, do novo Direito Administrativo.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

GUERRA, Sérgio. TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, março, abril, maio, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir “x” na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br

4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.