

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO-PPGD**

**GUILHERME AMINTAS PAZINATO DA SILVA**

**SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO:  
Direito Comparado e o Setor Elétrico Brasileiro**

**CURITIBA**

**2014**

**GUILHERME AMINTAS PAZINATO DA SILVA**

**SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO:  
Direito Comparado e o Setor Elétrico Brasileiro**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito, ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho.

**CURITIBA**

**2014**

**GUILHERME AMINTAS PAZINATO DA SILVA**

**SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO:**

**Direito Comparado e o Setor Elétrico Brasileiro**

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor no Curso de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

---

Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho  
Orientador – Departamento de Direito Público, UFPR

---

Prof. Dr. Emerson Gabardo  
Prof. Convidado Departamento de Direito Público, PUC/PR

---

Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet  
Prof. Convidado, Faculdade de Direito, PUC/PR

---

Prof. Dr. Alexander Roberto Alves Valadão  
Departamento de Direito Público, PUC/PR

---

Profa. Dra. Regina Maria Macedo Nery Ferrari  
Departamento de Direito Público UFPR

Curitiba, 25 de abril de 2014

*Com muito amor e carinho,  
ofereço este trabalho à minha família  
Solange, Mariana, Gui Filho,  
Narcizo (in memoriam), Rocy,  
Rosianne, Luciene e Francisco.*

## AGRADECIMENTOS

Esta tese é, com certeza, um trabalho coletivo. São inúmeras as pessoas a quem devo meus mais profundos agradecimentos. É sempre perigoso listar, mas arriscarei errar em nome de uma eterna gratidão para com os principais atores desta conquista. Fruto de debates e estudos do meu dia a dia profissional, por isso agradeço o apoio e paciência inigualável de professores, amigos e familiares. Início pelo Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho que, desde minha primeira aula com este mestre carismático da amizade, a empatia com sua pessoa e, conseqüentemente, com sua disciplina, foram instantâneas. Lembro-me que, em sua aula inaugural, citou o mestre paranaense (Libanês por nascimento), o Prof. Rozala Garzuze, eterno Presidente do Instituto Neo-Pitagórico, que tem seu templo mundial, o Templo das Musas, na Vila Izabel, em Curitiba. Ambos, comprometidos com a liberdade intelectual, com o estudo por método, a pesquisa por princípio e a verdade por fim, inspiraram-me e me inspirarão por toda a vida. Portanto, ao Prof. Bacellar que, sempre em boa companhia, tornou-se hoje “o maior administrativista do MERCOSUL”, palavras do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, ser-lhe-ei eternamente grato pela possibilidade e liberdade dos debates travados ao longo de minha vida acadêmica.

Aos meus pais, Narcizo (*in memoriam*) e Rocy Pazinato que sempre me demonstraram o bom caminho e torceram para que eu o trilhasse. Às minhas irmãs Rosianne e Luciene, e ao meu sobrinho Francisco, pelo amor incondicional, pelo carinho sempre presente, pelos debates e pelas lições de vida. À minha esposa Solange Ribas pelo apoio, carinho e o perdão pelas ausências. Aos meus filhos Mariana e Guilherme Filho, motivo e motor de tudo o que faço e acredito.

Ao pessoal do Escritório do Dr. Romeu Bacellar Filho, Ana Cláudia Finger, Renato, Paulo, Adriana Schier. À Andréa Roloff Lopes. À amiga Eneida Desiree Salgado.

Ao Prof. Michele Carducci e a todos que possibilitaram a confecção do meu livro em honrosa Coautoria com o Prof. BACELLAR: Direito Administrativo e Integração Regional.<sup>1</sup> Ao Magnífico mestre e Professor Clèmerson Merlin Clève.

Aos colegas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, Prof.<sup>a</sup> Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Isabelle Nascimento Bacellar, Adélia Berberi, Rosiany Gimaël, Daniel Wunder Hachen e Bruno Vasques. Aos amigos do Escritório BACELLAR & ANDRADE, Dr. Renato Andrade, Célia Folda, Célio Heitor Guimarães, Antônio Sergio Bernardinetti,

---

<sup>1</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SILVA, Guilherme Amintas Pazinato da (Orgs.). **Direito Administrativo e Integração Regional**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 315p.

Adriana da Costa.

Ao Prof. Celso Ludiwig,

Por último, mas não menos importante, à toda a secretaria da Pós Graduação, em especial à Fátima e à Laura.

Ao pessoal da ITAIPU BINACIONAL, nas pessoas do Dr. Jorge Miguel Samek, Dr. Edésio Passos, Dra. Margaret Groff e Dr. Nelton Miguel Friedrich, ao Dr. João Emílio, à Dra. Cristina Maranhão, à Dra. Érica Meirelles, à Rose e Janine, à Dariane e ao Dr. Marcos Bandeira.



## SUMÁRIO

<b>RESUMO .....</b>	<b>8</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>9</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1 A SEGURANÇA JURÍDICA: NECESSIDADE DA VOLTA AO DEBATE.....</b>	<b>16</b>
1.1 SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO LIBERAL: CLASSE DOMINANTE E DIREITO.....	21
1.2 A POSIÇÃO DE KELSEN E SEU APERFEIÇOAMENTO POR MACCORMICK .....	31
1.3 A POSIÇÃO DE HABERMAS VERSUS DWOKIN .....	34
1.4 A POSIÇÃO DE ROBERT ALEXY.....	36
1.5 A POSIÇÃO DE AARNIO E PECZENIK .....	40
<b>2 ESTADO DE DIREITO, SEGURANÇA JURÍDICA E DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO: BREVE PERSPECTIVA COMPARATÍSTICA .....</b>	<b>47</b>
2.1 NOÇÃO E NATUREZA DO DIREITO COMPARADO .....	48
2.2 COMUNIDADE EUROPÉIA DE NAÇÕES.....	49
2.3 REGULAÇÃO EUROPEIA DA ECONOMIA .....	49
2.4 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO UM PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA .....	56
2.5 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA TRÁS CONEXO O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA ...	56
2.6 SEGURANÇA JURÍDICA NA CORTE DE JUSTIÇA DA COMUNIDADE EUROPÉIA.....	58
<b>3 A CRISE DE IDENTIDADE DO ESTADO BRASILEIRO: INTERESSE PÚBLICO, ANTIVALOR E ENERGIA .</b>	<b>60</b>
3.1 O "TRANSFORMISMO" CONSTITUCIONAL.....	62
3.2 OS PARADIGMAS DO "DIRIGISMO" CONSTITUCIONAL.....	64
3.3 INTERESSE PÚBLICO E ENERGIA: SUBSÍDIOS, O ANTIVALOR.....	66
3.4 SEGURANÇA JURÍDICA E SUSTENTABILIDADE DO ESTADO: O PARADIGMA RENOVADO .....	68
3.5 SEGURANÇA JURÍDICA E CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA: A LEI E A IDÉIA DE DESENVOLVIMENTO .	81
1º) <i>Instrumentos normativos e reguladores precisos e claros: a Lei, o Regulamento e a tomada de decisões de forma objetiva e transparente.....</i>	87
2º) <i>O Contrato e suas garantias bem assegurados .....</i>	95
3º) <i>Sistema de solução de litígios imparcial, autônomo e eficiente .....</i>	99
4º - <i>Um claro, transparente e bem definido sistema de competências.....</i>	102
5º - <i>Garantia de participação democrática na formação e tomada de decisões setoriais.....</i>	102
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>103</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>111</b>



## RESUMO

A Segurança Jurídica volta aos debates após positivismo jurídico lhe impingir um identidade com o próprio sistema jurídico, marcadamente o sistema legal. Segundo Kelsen, esta “ilusão” da segurança jurídica é oriunda da tradicional teoria jurídica que, conscientemente ou não, esforça-se para perpetuá-la. A temática ganhou larga especulação nas últimas décadas, em especial, pela multiplicação e diversificação do direito e suas fontes. A lei, pura e simples, hoje não mais é garantia de direito. Por outro lado, a garantia de que o direito será observado também pode não passar pelo texto legal, mas deve ser função do Estado garantir esta aplicação normativa, sua conservação e breve, quase cirúrgico, aperfeiçoamento para garantir, acima de tudo, a segurança jurídica. A inflação legislativa trouxe ao mundo jurídico a mesma vontade de combater, tal como o fenômeno econômico, a quantidade perturbadora de leis. O trabalho transcorre, sem exaurir, alguns debatedores que se preocuparam com o tema: de Kelsen à Aarnio, de Hayek a Habermas. A propósito, Hayek dizia que a segurança jurídica não se configura nos casos que são solucionados pelos Tribunais, mas exatamente as situações que não são levadas aos julgadores é que configuram esta garantia estrutural da sociedade. Tão importante quanto à educação e a própria segurança pública, de difícil definição, assim como a “beleza” ou a “democracia”, a Segurança Jurídica tem um efeito negativo: mitigar a multiplicação de leis, decisões e, principalmente, de corrida aos Tribunais, ou seja, pacificar a sociedade, fundamento primeiro do Direito. Para isto, gestores públicos, principalmente vinculados ao Poder Executivo, devem se profissionalizar, melhor planejar, garantindo a pacificação, não a turbando. Isto tende a se realizar com a profissionalização da função pública nos três poderes, mas deve se cristalizar com a participação da cidadania na formação das decisões. Faz-se breve análise do regime jurídico do Setor Elétrico Brasileiro - SEB, que passa por fase de judicialização de suas relações.

**Palavras-chave:** Segurança jurídica. Direito administrativo econômico comparado. Regulação econômica. Setor elétrico brasileiro. Estudo de impacto regulatório.

## ABSTRACT

The Legal Security back to debates after legal positivism foisted its significance, despite the kelseniano warning that the "illusion" of legal certainty comes from the very traditional legal theory, whether consciously or not, strives to keep her. The issue gained wide speculation in recent decades, in particular, the multiplication and diversification of the law and its sources. The pure and simple law today is no longer guaranteed in law, as it may suffer from various diseases that will hinder its effectiveness. Moreover, to guarantee that the right will be noticed can also not go through the legal text, but should be a function of the State to ensure this legislation, almost surgical, application processing, preservation and soon to ensure, above all, legal certainty. The legislative inflation, borrowed from economics designation, brought the legal world the same will to combat it, such as economic phenomenon, legislative inflation disrupts the dreams of lawyers, leaders, representatives, judges in general but especially the citizen. The work takes place, without exhausting, some debaters who worried about the theme of the Aarnio and Kelsen, Hayek and Habermas. Incidentally, Hayek said that legal certainty is not represented in the cases that are resolved by the courts, but the exact situations that are not taken to the Courts is contained in that structural warranty society. As important as education and public safety it, difficult to define, like "beauty" or "democracy", the Legal Certainty has a negative effect: mitigating the multiplication of laws, decisions, and especially race to the Courts, pacify society, first foundation of law. Public managers must become more professional to better plan this peace, assuring her, no disturbing or mobbing, is not what you see. This is only possible if the professionalization of the civil service in all three branches. At the end is a brief analysis of SEB, which undergoes a tumultuous judicialization phase of their contractual relations, hitherto in a fragile balance, but with "rules" clear the "game". These were changed unilaterally, bringing uncertainty as only certainty.

**Key-words:** Legal certainty. Comparative economic and administrative law. Economic regulation. The Brazilian electric sector. Regulatory impact study.

“Amo o Brasil como ele é, como ele está. Tenho uma formação brasileira e dessa formação tiro minhas malquerências. Porém, acredito na federação e no regime federativo. Ele, o regime, fez os Estados e manteve-os unidos. Nacionalizou as regiões sem quebrar as possibilidades federadas, ou sem intervir na evolução das relações orgânicas. Um Brasil que hoje me assusta pelos descaminhos que vai tomando...”.

O cidadão Manoel de Oliveira Franco Sobrinho

## INTRODUÇÃO

A segurança jurídica apresenta conceituação dinâmica, complexa, evita a estática e a cristalização. As teorias sobre o tema podem ser comparadas a uma foto do céu, em um belo dia de sol que contenha algumas nuvens: uma vez atingido o ponto de equilíbrio/satisfação teórico, imediatamente novos componentes incorrerão para alterá-la. Aqui é clara a guerra cultural por uma hegemonia<sup>2</sup> nas concepções de Estado e, em consequência, em suas funções.<sup>3</sup> Portanto, dissertar (e dissecar) o conceito de Segurança Jurídica é falar de um breve período histórico ou de ínfima parcela aparente e atual. Este pedaço, esta “região” do Direito será teorizada e, se possível, explicitada dentro da totalidade (não totalitária!) Estatal. Há múltiplas facetas procedimentais no mesmo Estado, regiões topograficamente definidos na Constituição Federal elevarão a especialidade de cada face.

Há alguns anos o Direito encontra-se em crise: crise de fontes jurídicas,<sup>4</sup> crise de identidade<sup>5</sup>, crise econômica, mas que, no transcorrer destes mesmos anos, demonstrou-se imprescindível e essencial ao desenvolvimento humano, ao combate à desigualdade, à pobreza, ao analfabetismo, à fome, à dignidade, ao trabalho sub-humano, à produção de riquezas e sua distribuição dentre outras “injustiças”. O caso brasileiro, atrelam-se a eles valores e princípios universais (ocidentais!) reconhecidos como novos paradigmas. Assim, em sua dinâmica diária, as interpretações jurídicas alteraram-se, modificam-se, avançam ou retroagem. O direito, antes confundido com o Estado, atualmente ganhou novas adjetivações como supra-estatal, internacional, especial, regional, local, individual, coletivo, territorial e local.

Corolário imprescindível ao Estado do Direito, o dever Estatal de não “surpreender”<sup>6</sup> em matéria de gestão, é vinculada a questão da segurança jurídica que, no presente, tema relevante por variados aspectos, propondo-se uma volta ao seu debate acadêmico, ou seu resgate como categoria jurídica, de uma estrutura principiológica, mas não só jurídica. O motor da pesquisa foi o setor energético, especificamente a modificação jurídica trazida pela

<sup>2</sup> GRAMSCI, Antonio. **Americanismo e fordismo**, in *Note sul Machiavelli, sulla politica e sullo Stato moderno*. Roma: Ed. Riuniti, 1971. p. 403-444.

<sup>3</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. v. 01.

<sup>4</sup> GROSSI, Paolo. *Introduzione al novecento giuridico. Novecento giuridico: un século pos-moderno*. Torino: Ed. Laterza, 2010.

<sup>5</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. v. IVI. São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>6</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SILVA, Guilherme Amintas Pazinato da (Orgs.). **Direito Administrativo e Integração Regional**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 315p.

Medida Provisória nº 579,<sup>7</sup> que movimentou o Setor Elétrico Brasileiro – SEB de forma irreversível, criou novo instituto jurídico de concessão – a concessão regulada, por falta de melhor denominação – que modificou o mercado de energia elétrica utilizou recursos externos ao SEB, modificou as estatais setoriais, mas que trouxe com seu fundamento a excelente proposta de redução tarifária ao consumidor final fossem eles pessoas físicas ou jurídicas. Com esse movimento intentava-se aumentar a competitividade da indústria brasileira e aliviar a conta de energia elétrica.

Percorreu-se, esquematicamente, os debates sobre o conceito de segurança jurídica a partir de alguns positivistas e suas principais transformações conceituais. Na atualidade, sustenta-se que enquanto na fase inicial do positivismo a segurança jurídica foi entendida prevalentemente como previsibilidade das consequências jurídicas dos comportamentos dos indivíduos e no positivismo de orientação normativista foi principalmente concebida, em uma perspectiva garantista, como possibilidade de conhecer *ex ante* os limites do exercício legal do poder coercitivo, nas abordagens mais recentes a segurança jurídica foi definida de outra forma, de modo original. De fato, atualmente a segurança jurídica apresenta também um componente subjetivo (em geral não indagado pelo positivismo), hoje seu núcleo conceitual reside nos processos de interpretação e de argumentação racional, a que muitos teóricos contemporâneos reconhecem essencial na determinação da identidade do direito, que acaba por perder muitas das características “preditivas” que ainda mantém, de forma deficiente, na doutrina juspositivista atual.

O chamado ao positivismo jurídico e, em especial, a sua variante normativista, são imprescindíveis pelo fato que este tema foi transformado em objeto central da reflexão jurídica, na modernidade ou atualmente, seja quando o positivismo se afirmou como orientação teórica mais difundidamente aceita, seja pelo fato de que, sobretudo, a versão normativista de tal doutrina atribuiu uma especial atenção à análise da segurança jurídica reconhecida como valor específico do Direito.<sup>8</sup>

Em contraste com esta atitude cética, este trabalho debate a possibilidade de recuperação deste conceito desacreditado, porém necessário, se não útil. Entretanto, isto exige o abandono de alguns dos pressupostos tradicionais, no momento insustentáveis, e a reconstrução de um conceito e certeza classificatória não “dispositiva” que permita formular

---

<sup>7</sup> Convertida na Lei Ordinária Federal 12.783/13.

<sup>8</sup> BERTEA, Stefano. **Certezza del Diritto e Argomentazione Giuridica**. Catanzaro, Calábria, Itália: Rubbettino editore, 2002. p. 52. (tradução nossa).

afirmações intersubjetivamente controláveis com o grau de certeza de um determinado setor ou ordem jurídica.

A adoção de um conceito não classificatório de segurança jurídica<sup>9</sup> permite de fato a superação de muitas dificuldades relevantes: se a certeza não é conceito tudo-ou-nada, mas questão de graduação, resulta possível um parâmetro à sua maior ou menor difusão, bem como para confiabilidade, exatidão e extensão das previsões sobre as consequências jurídicas dos atos ou fatos que analistas consideram. Desta forma, o conceito de segurança torna-se compatível com a constatação da possibilidade de fracasso e de alta generalidade destas previsões, e, portanto, com o reconhecimento de que o âmbito da apreciação dos tomadores de decisão legais, ou, se preferir, a parte de natureza "criativa" em sua plena função.

Os principais autores do século passado consideraram a segurança jurídica, assim definida, como uma das características diferenciadoras do fenômeno jurídico, um elemento que está de fato presente nos ordenamentos jurídicos e serve para diferenciar estes últimos em relação a outros sistemas normativos de outros sistemas afins, como, por exemplo, a moral e o costume.<sup>10</sup> Em tal perspectiva, a certeza transforma-se numa característica necessária dos ordenamentos jurídicos e parte integrante da definição do direito. Por essa razão pode-se afirmar que, pelo menos, isso é pressuposto pelos teóricos: vem atrelada a um dado de fato, uma realidade efetivamente presente nos sistemas vigentes, antes como um elemento ideal só hipoteticamente caracterizante do direito positivo.<sup>11</sup>

O trabalho, portanto, visa a um conceito de segurança jurídica, no Direito Administrativo Econômico, especificamente entre o Poder Normativo do Estado e sua polêmica vertente Regulatória, o mais preciso possível, inequívoco, idôneo para evitar dificuldades evidenciadas pelos críticos, e útil, seja como instrumento para detecção, pelo Estado, da certeza dos vários ordenamentos considerados, seja como base para a instituição de um método destinado a variar, em uma perspectiva de sentido jurídico, o grau de certeza em um especial ordenamento jurídico.

Assim, deve-se precisar que são de caráter ético-político também algumas das escolhas que guiam a reconstrução do conceito de certeza que vêm aqui propostas. A mesma decisão

---

<sup>9</sup> ESCLARECIMENTO – Após reflexão sobre ambas as denominações, concluímos que, para nossa pesquisa, CERTEZA JURÍDICA E SEGURANÇA JURÍDICA, podem ser sinônimos.

<sup>10</sup> Há considerações acerca da certeza como um caráter diferencial do direito pelos maiores expoentes da *allgemeine Rechtslehre*. Neste sentido, vêem-se, por exemplo, as reconstruções de FASSÒ, G. **Storia della filosofia del diritto**: Ottocento e novecento. v. 3. Bologna: Il Mulino. 1988, p. 223) e de BARBERIS, M. **Il diritto come discorso e come comportamento**. Torino: Giappichelli, 1990, p. 104).

<sup>11</sup> Exemplifica-se esta interpretação reconstrutivista com PEGORARO, L. La tutela della certezza giuridica in alcune costituzioni contemporanee. In: **Scritti per U. Scarpelli**. A cura di M. Jori-L. Gianformaggio. Milano: Giuffrè, 1997. P. 705-742, p. 736.

de reforçar a certeza em termo de previsibilidade depende na verdade da “convenção” segundo a qual a valoração positiva da (elevada) segurança jurídica reside principalmente na sua função servente em relação ao bem da planificação ou previsibilidade jurídica composta pela escolha prática individual e, mediadamente, em relação à autonomia do indivíduo, entendido como sujeito capaz de elaborar planos de ação a longo termo. Para proteger o conceito da crítica fácil e da ironia, faz-se obrigatório, a nosso ver, voltar à sua fundamentação original, redefinindo-o de modo a restaurar o vínculo já solto com a programação juridicamente conhecida da vida jurídica dos indivíduos. Assim, como acima, também a custo de colocar em discussão algumas dos mais conhecidos lugares comuns sobre a certeza. Para torná-lo realmente funcional ao atingimento dos objetivos dos “previsores” é, por exemplo necessário abandonar cada dogmatismo voltado a afastar a possibilidade de aproveitar a fim preditivo o conhecimento da regularidade fatural e das práticas consolidadas dos órgãos jurídicos.

Enfim, a certeza do direito é questão clássica do pensamento filosófico jurídico, sobre a qual debruçaram-se autores de várias épocas. Assim, como sempre ocorre nos casos no qual uma temática é enfrentada diferentemente no tempo pelos pensadores diversos por posição teórica ou escola filosófica, a mesma expressão nem sempre foi utilizada para identificar o mesmo conceito.<sup>12</sup> Portanto, pela locução “certeza do direito” passaram-se, de tempos em tempos, inúmeras significações: a estabilidade da regulamentação jurídica no tempo; a eficácia do ordenamento; a observância da norma jurídica por parte dos seus destinatários; a acessibilidade das prescrições ao conhecimento dos interessados; a efetiva cognição do direito pela parte dos destinatários; a univocidade das qualificações jurídicas, a possibilidade de prever a intervenção dos institutos jurídicos; a certeza da efetiva execução, a previsibilidade do conteúdo das decisões do juiz; a inviolabilidade dos direitos fundamentais; a conformidade do direito a *standards* de justiça; a artificiosa certificação dos fatos ou dos atos por parte do ordenamento jurídico-estatal; a presença de instituto jurídico específico, por exemplo, a irretroatividade da lei, o princípio da legalidade, a separação dos poderes e a distinção da função pública.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Sobre a recorrencia do tema certeza nas várias épocas, deve-se ver, por exemplo, PATTARO, E. **Tem i e problemi di filosofia del diritto**. Bologna: Clueb. 1994, p. 190-194.

<sup>13</sup> A propósito dos vários significados que a expressão “certeza do direito” identifica, na vasta literatura italiana, pode-se fazer referencia a: ALLORIO, E. La certeza del diritto dell’economia. **Rivista del diritto dell’economia**, p. 1198-1212, 1956; GIANNINI, M. S. Certeza pubblica. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, p. 769-792. 1960; LONGO, M. Certeza del diritto. **Novissimo Digesto**. Torino: Unione tipografico editrice torinese, p. 124-129, 1966; LOPEZ DE OÑATE, F. **La certeza del diritto (1942)**. Milano: Giuffrè. 1968; LOMBARDI VALLAURI, L. **Saggio sul diritto giurisprudenziale**. Milano: Giuffrè. 1975, p. 575-601); JORI, M.-PINTORE, A. **Manuale di teoria generale del diritto**. Torino: Giappichelli, 1985, p. 194-198);

Trata-se, como visto pela simples menção de aspectos em parte conectados, mas dotados também de autonomia conceitual. Mas, de outra forma, a certeza do direito foi abordada de forma diversa, ou de varias formas metodológicas em suas análises. Para Bertea, esta diversidade de aproximação à temática é o motivo que o priva de consequência única. Como se verá adiante, o tema reage com a variedade dos significantes, no sentido de que condiciona a escolha de um significado preferentemente a outro. Apenas para esclarecer, ao final de nossa pesquisa ficou evidente que, apesar de alguns doutrinadores se esforçarem para demonstrar alguma diferença substantiva entre “certeza do direito” e “segurança jurídica”, vimos concluir que, para a finalidade deste trabalho, os termos se equivalem.

Assim, se cria uma especial interação entre aproximação metodológica e significação do vocábulo. Por tal razão, a expressão “segurança jurídica” parece ser uma fórmula que acaba por individuar um conjunto de problemas variados, complexos, por vezes heterogêneos, ao invés de um só tema.<sup>14</sup>

---

CORSALE, M. Certeza del diritto. **Enciclopedia giuridica**. Roma: Istituto della enciclopedia italiana, 1988; GIANFORMAGGIO, L. Certeza del diritto. **Digesto**. Discipline privatistiche. Sezione civile. Torino: Utet, p. 274-278, 1988; FERRAJOLI, L. **Diritto e ragione**. Teoria del garantismo penale. Roma-Bari: Laterza. 1989, p. 94-190; LUZZATI, C. Dinamicità e certeza del diritto in Kelsen. **Sistemi statici e dinamici**. A cura di L. Gianformaggio. Torino: Giappichelli, p. 165-202. 1991.

<sup>14</sup> BERTEA, Stefano. **Certeza del Diritto e Argomentazione Giuridica**. Rubbettino editore: Catanzaro, Calábria, Itália. 2002. p. 52.



## 1 A SEGURANÇA JURÍDICA: NECESSIDADE DA VOLTA AO DEBATE

Cada um sabia o quanto possuía e quanto lhe era devido, o que era permitido e o que era proibido: tudo tinha a sua norma.<sup>15</sup>

O direito, como tudo e todos, está inserido no tempo. Como ocorre no âmbito social, cada elemento do âmbito jurídico está imerso em condições que não podem se desprender de sua história. Só se compreende o direito de modo efetivo quando se lhe conecta com o que nos antecedeu e com o que herdamos do passado. Nada, afinal, tem sua existência destacada das condições históricas que produzem nosso presente.<sup>16</sup>

Paolo Grossi denomina o séc. XX de “um século longo”, contrariando a designação de Hobsbaun, que o chamou de “o Breve Século XX”<sup>17</sup> pois, iniciado ao final dos 1.800, para Grossi, “ainda o estamos vivendo.” Assim, referenciá-lo como “um século pós-moderno” é denominação insuficiente, pois genérica. Ao mestre italiano interessa sobretudo aquilo que sinaliza: pós-moderno significa um século que deixou para trás a modernidade.<sup>18</sup> Utiliza-se do grande escritor judeu austríaco da década de 30, Stefan Zweig, para quem o moderno é o “mundo de ontem”. Marca este fim os preparativos para a Primeira Grande Guerra, quando narra, com nostalgia, que o último imperador austro-húngaro Carlos deixa sua pátria para não mais retornar. Naquela oportunidade, Zweig foi testemunha da história. O mundo jamais seria o mesmo: antes, a ordem, tudo havia sua norma; depois, o caos, a incerteza instalou-se.

Nestes tempos o Direito necessariamente se fundia com o Estado. Os Códigos tentavam, de cima para baixo, normatizar todos os aspectos da vida dos cidadãos. É exatamente com a descoberta da dimensão coletiva interna às sociedades modernas que a modernidade jurídica inicia lentamente, mas progressivamente, a morrer. A presença de um subjetivismo exasperado desejava ser teimosamente aplicado pela burguesia vitoriosa. A paisagem jurídica se reduzia a dois sujeitos: o macro sujeito Estado, e o micro sujeito indivíduo singular. Neste mundo de ontem<sup>19</sup> a ideologia do Código operava em duas vertentes: i) como simples livro textual, era a máxima expressão da totalidade do Direito: todo o direito encontrava-se nele encerrado, previsto e controlado do alto para baixo pelo poder

<sup>15</sup> GROSSI, op cit.

<sup>16</sup> FONSECA, Ricardo Maecelo. **Introdução Teórica da História do Direito**. Curitiba: ed. Juruá, 2005, p. 5.

<sup>17</sup> HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos: o Breve Seculo XX**. São Paulo: Ed. Cia. das Letras, 1994.

<sup>18</sup> A expressão usada no original é: “si trata di um tempo che ha lasciato il terreno storico dellà modernità, che ha la modernità ormai alle sue spalle, che procede oltre i suoi confini in um terreno storico contrassegnato da uma diversità profunda.” GROSSI, op. cit., p. 4.

<sup>19</sup> GROSSI, op. cit., p. 5.

político; ii) sua clareza e certeza disciplinavam esta totalidade do ordenamento jurídico, e, por consequente concatenação textual, todo o Direito em um determinado território.<sup>20</sup>

Assim, fazia-se necessária a vinculação entre poder político e direito: a regra social poderia se transformar em jurídica se, e somente se, o Estado assim o quisesse. O Direito era a “linguagem do poder”. Diverge assim, da juridicamente plúrima Era Medieval, que possuía múltiplas fontes de direito, ainda não centralizadas na figura do Estado, como seu produtor e aplicador. Na modernidade, a lei é única e exclusivamente a vontade dos titulares do poder, em um “Stalinismo jurídico”,<sup>21</sup> portanto um rígido legalismo que sufocou a pluralidade de fontes em uma pirâmide inflexivelmente hierarquizada.<sup>22</sup> Neste período histórico, a segurança do direito era cristalina, aparente e encontrável no próprio sistema jurídico estatal, ou como querem os positivistas, no Estado.

Porém, ironicamente, poucos conceitos, dentre os debatidos pela filosofia jurídica, são incertos como a própria Certeza do Direito, ou a Segurança Jurídica. Primeiramente, esta expressão é hoje usada pelos juristas e filósofos para indicar coisas diversas: a previsibilidade da decisão judicial, a clareza, precisão e inteligibilidade da formulação linguística das normas jurídicas, a contestabilidade das relações jurídicas exauridas, a univocidade das qualificações jurídicas etc. Em segundo lugar, os vários sentidos para os quais a expressão é usada são seguidamente vagas e potencialmente ambíguas. Por fim o tema trazido pelo presente trabalho é o de revelar/propor uma definição suficientemente determinada para “segurança jurídica”. Deste modo se finda com dizer um grande bem, ou, sempre mais frequente, um grande mal, da certeza, sem nem ter precisado seu objeto. Este caos conceitual acabou por fim gerar entre os juristas práticos, especialmente, os advogados, um clima de ceticismo sobre a certeza, hoje considerada quase como o perfil ideológico com o qual os filósofos, pelos campos de batalhas jurídica, repropõem simplistas e ingênuas visões de um direito funcionando como um mecanismo de corda, donde provém, ou deveria sair, a música da Justiça.

A crítica é endereçada, sobretudo, às definições – clássicas e, até o momento majoritárias – que põem a segurança do direito como qualquer relação com uma previsibilidade das consequências jurídicas dos atos ou fatos, ou no limite a configuram como pressuposto, condição ou meio útil para uma (melhor) previsão de certas consequências. A ideia da previsibilidade jurídica serpenteia sempre, com efeito, a definição da segurança do direito, para representa-la como o denominador semântico comum. Esta certeza é “solvente”

---

<sup>20</sup> GROSSI, op. cit., p. 5.

<sup>21</sup> A denominação é de GROSSI, op. cit.

<sup>22</sup> Ibid., p. 6.

mas, nem sempre, considerada como um valor positivo, não fosse outro porque, se aos indivíduos é dado prever as consequências jurídicas da própria conduta, é presumível que estes possam fazer uso deste conhecimento para uma exata e consciente planificação das suas escolhas práticas e, portanto, de suas vidas. Todavia, mesmo contra a segurança do direito entendida como previsibilidade se colocam mais frequentemente os “gemidos” polêmicos dos céticos ou dos desiludidos. O argumento mais frequentemente adotado por esta concepção de demolição crítica é, mais ou menos, assim resumido: a certeza-previsibilidade do direito é um mito. Kelsen evidenciou o elemento criativo dentro de cada “aplicação” do direito.<sup>23</sup> Reitera-o o dia a dia da prática forense! Portanto, não há sentido em falar em “implementação” do Direito, exultando suas virtudes.

A ideia pela qual o valor da segurança jurídica reside (e se exaure) no seu papel instrumental a respeito da planificação estratégica da escolha prática, a qual colide com a afirmação, ainda hoje comum, de qualquer relação necessária entre “certeza” e justiça “substancial”. Dizer que o direito é, em qualquer medida, “seguro” significa dizer que é em qualquer medida possível prever a dada solução jurídica, ainda que seja (entendida como) imoral, inoportuna ou verdadeiramente escandalosa: a segurança jurídica de um direito iníquo é a certeza de iniquidade. Da distinção entre segurança jurídica e certeza da justiça fundamenta-se por sua vez também que a certeza-previsibilidade é um meio, ou melhor, que é uma situação que pode ser desfrutada pelos indivíduos de modo instrumental à persecução dos seus objetivos pessoais, dignos ou indignos que sejam. O cidadão pode ser comparado exatamente ao vigarista: este último desfrutará as possibilidades das previsões das reações jurídicas para planificar os próprios malfeitos de modo à minimizar o risco de sofrer consequências indesejáveis.

Este problema pode ser resolvido invocando o argumento singular da tese de Friedrich August von Hayek.<sup>24</sup> Este autor afirma que a medida da certeza-visibilidade de um ordenamento deve ser determinada não com base na preditibilidade (ou previsibilidade) do êxito da controvérsia legal, mas segundo a quantidade das disputas que “*não*” terminam em lide judicial porque o seu êxito é praticamente certo no momento no qual os argumentos jurídicos da questão são examinados: “*são os casos que não chegarão nunca ao Tribunal, e não aqueles que chegam, darão a medida da segurança jurídica*”.<sup>25</sup> Segundo Hayek, portanto, a segurança jurídica não se mede diretamente sobre previsibilidade das reações

---

<sup>23</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes Editora, 1996.

<sup>24</sup> HAYEK, Frederic Von. **Fundamentos da Liberdade**. Trad. Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Ed. Visão, 1983.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 182.

*efetivas* do ordenamento, mas sobre capacidade dos indivíduos de antecipar o êxito de questões que, exatamente porque retiradas, não vem nem ao menos propostas ao Poder Judiciário. Poder-se-ia também dizer que, para este autor, a segurança jurídica não depende diretamente da previsibilidade da reação atual, concreta do ordenamento, mas da frequência dos casos nos quais ocorre de se observar que potenciais litigantes concordam no prever as potenciais reações do ordenamento à sua eventual lide.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 182.



## 1.1 SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO LIBERAL: CLASSE DOMINANTE E DIREITO

Para a instalação e funcionamento do Estado na modernidade, ou dos representantes vitoriosos das revoluções “burguesas”, a questão da segurança jurídica adquiriu notável relevo, culminando com seu ícone: a codificação.<sup>27, 28</sup> Com tal termo se desejava indicar a época, que vai do fim do setecentos até à segunda metade dos oitocentos, caracterizado pelo fato de que, nos principais Estados europeus, assistiu-se à um processo que conduziu à codificação do direito. Mesmo onde este pensamento não se instalou, como no Direito Continental, a discussão sobre sua utilidade, ou ao menos de se adotar um código, caracterizou o debate científico e, seguidamente, condicionou a metodologia do estudo do fenômeno jurídico.<sup>29</sup> E em tal período temporal a doutrina juspositivista, em primeira versão, foi elaborada e iniciou a construir um auto-referenciamento imprescindível para os que se ocupavam do direito.

O positivismo ou, os positivismos, como ensina Fonseca,<sup>30</sup> possuem uma variedade que podem ser caracterizados pelas escolas da Exegese francesa etc...<sup>31</sup> Apenas para clarificar, entende-se por “positivismo” as doutrinas que se firmaram a partir dos oitocentos.<sup>32</sup> Neste primeiro positivismo, a segurança foi definida prevalentemente como compreensibilidade *ex ante* da consequência jurídica nos comportamentos individuais baseados exclusivamente

---

<sup>27</sup> No Brasil o fenômeno iniciou-se com o Código Comercial, em 1850, depois o Civil, em 1916. E mais: Código de Processo Civil Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973; Código Penal Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940; Código de Processo Penal Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941; Consolidação das Leis do Trabalho Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; Código Tributário Nacional Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966; Código Eleitoral Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965; Código de Águas Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934; Código de Minas Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967; Código Penal Militar Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969; Código de Processo Penal Militar Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969; Código Brasileiro de Aeronáutica Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986; Código Brasileiro de Telecomunicações Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962; Código Comercial Lei nº 556, de 25 de junho de 1850! Somem-se a estes os seguintes “Estatutos” ainda vigentes: Estatuto do Índio Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973; Estatuto do Estrangeiro Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980; Estatuto dos Militares Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980; Estatuto da Terra Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964! Para os cultores do Direito Administrativo são vários os exemplos vigentes de textos legais recepcionados como vigentes pelo sistema constitucional pós Constituição de 1988, cita-se apenas o DECRETO-LEI 200.

<sup>28</sup> A propósito dos vários significados que a expressão certeza do direito identifica, na vasta literatura italiana, tem-se como referencia os seguintes: Allorio (1956); Giannini (1960); Longo (1966); Lopez De Oñate (1968); Lombardi Vallauri (1975, p. 575-601); Jori-Pintore (1985, p. 194-198); Corsale (1988); Gianformaggio (1988); Ferrajoli (1989, p. 94-190); Luzzati (1991).

<sup>29</sup> BERTEA, op. cit., p. 57.

<sup>30</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução Teórica à História do Direito**. Curitiba: Ed. Juruá. 2010, p. 17.

<sup>31</sup> Por primeira versão do juspositivismo, entende-se aquela doutrina jurídica elaborada pelas escolas que se formaram no “oitocentos”, dentre as quais a escola da exegese na França, a *analytical jurisprudence* na Gran Bretanha, a escola histórica, a pandectística, a dogmática do direito público e a *allgemeine Rechtslehre* na Alemanha, FONSECA, 2010, op. cit., p. 17.

<sup>32</sup> Ibid.

sobre conhecimento dos conteúdos das normas do direito. Concebida como a possibilidade para os destinatários de ter conhecimento do significado da norma de maneira suficientemente precisa pela possibilidade, antecipada de saber quais seriam os efeitos jurídicos das suas ações: o direito é seguro se são previstos ou previsíveis com exatidão as valorações que o ordenamento jurídico dá aos comportamentos dos indivíduos. Previsibilidade, que, ao seu tempo, se funda sobre conhecimento do conteúdo da norma que constitui este mesmo ordenamento. Em especial, os principais expoentes da Escola da Exegese afirmam expressamente que “os cidadãos podem obter pelo direito um critério seguro de conduta só conhecendo antecipadamente com exatidão as consequências do seu comportamento”.<sup>33</sup>

Para Bobbio, quando recaem como possibilidade de se prever consequências jurídicas fundamentada na base normativa do direito, a segurança jurídica aponta para uma representação específica da realidade jurídica. De modo que, para se estabelecer o tema da certeza faz-se necessário pressupor que o ordenamento jurídico seja composto por um conjunto de normas, facilmente identificáveis e cognoscíveis pelos destinatários, além de fielmente aplicável aos casos particulares. Bobbio ressalta que no positivismo jurídico dos oitocentos foi debatida a *Idea* segundo a qual a certeza é assegurada apenas quando há um corpo estável de leis, e aqueles que devem resolver as controvérsias fundamentam-se sobre normas desse conteúdo e não sobre outros critérios: caso contrário, a decisão será arbitrária e o cidadão não poderá mais prever com segurança as consequências de suas próprias ações [...]. A exigência da segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a cada contributo criativo na interpretação da lei, por limitar-se simplesmente a tornar explícito através de um procedimento lógico (silogismo) o que é já implicitamente estabelecido na lei.<sup>34</sup>

Tal imagem do ordenamento corresponde àquela efetivamente elaborada pelos expoentes do primeiro positivismo com referência ao sistema jurídico do Estado Liberal. Portanto, não só esta concepção da segurança jurídica constituiu uma parte do pensamento positivista, como foi colocada principalmente no interior deste contexto teórico. Portanto, em nosso entender, talvez exista uma estreita relação, confundindo-se, desta ideia de segurança jurídica e a configuração positivista do Estado Liberal.

De fato, na ausência dos elementos caracterizantes do fenômeno jurídico no Estado Liberal, a primeira noção positiva de segurança jurídica não seria concebível nem ao menos como ideal de referência do ordenamento, visto que, essa aparentava uma abstração vazia, muito distante e impensável por resultar inútil, pois existe uma relação histórica e fragilmente

---

<sup>33</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: EDIPRO, 2001, p. 23.

<sup>34</sup> *Ibid.*

conceitual entre a imagem positivista do sistema jurídico e uma determinada conceituação de segurança jurídica. Por esta relação conceitual débil propõem-se uma relação do tipo não lógica, mas com utilidade teórica e prática. Assim, sobre esta relação, foi instaurado o primeiro positivismo jurídico e (a representação positiva) do Estado de Direito.

Segundo o ordenamento positivo, a característica do Estado liberal era formada pela redução do direito a um conjunto de leis formais, aprovadas pelo poder político representativo e reunidas em forma de um código.<sup>35</sup> Sobre a redução do direito à lei no pensamento jurídico positivista do último século, Fassò afirma que na doutrina jurídica elaborada pela Escola Exegética “*ao que está fora da lei positivada não se reconhece nenhum princípio jurídico válido, e não se considera mais como direito se não aquele posto pelo legislador*”. Muito significativa neste sentido é a afirmação de um dos expoentes daquela escola, Mourlon, o qual sustenta que “*para o jurisconsulto, para o advogado, para o juiz, um só direito existe, o direito positivo... definido como: o conjunto de leis que o legislador promulgou para regular a relação dos homens entre si*”.<sup>36</sup>

O Estado liberal clássico é definido também como Estado legal ou de Direito Legislativo,<sup>37</sup> no qual, no ensinamento do Prof. Bacellar Filho, até mesmo o incipiente “controle era realizado quanto a aspectos conectados com a legalidade dos atos”.<sup>38</sup> Tais denominações são indicativos explícitos desta forma política, a lei formal constitui a fonte suprema do direito: todas as prescrições jurídicas recebem o seu caráter de obrigatoriedade pelo fato de estar contido em uma lei promulgada segundo os procedimentos previstos ou, em consequência, em um ato por ela delegado. A centralidade da lei assim afirmada, garante uma notável simplificação da tipologia e na hierarquia das fontes e, presente assim a alegada racionalidade do legislador, que confere ao ordenamento normativo como sistema unitário, coerente, completo e fechado que contenha poucas regras, claras e unívocas.<sup>39</sup> Sobre o caráter sistemático do direito legislativo insiste sobretudo a doutrina alemã. Na *allgemeine Rechtslehre* é comum conceber o direito como uma entidade definida conceitualmente, para compreender e para “*explicar entre si mesma buscando o fundamento da norm, pelas relações dos institutos jurídicos em formulação conceitual instituidora sob um organismo lógico autonomo e autossuficiente*”. Também Voltaire opina sobre a necessidade de que o direito seja constituído por escassos textos legais, simples e claros, chama a atenção principal sobre a

<sup>35</sup> FASSÒ, Guido. **Storia della filosofia del diritto**. Torino: Laterza. 2001, p. 150.

<sup>36</sup> MOURLON, Frédéric. **Les Répétitions écrites sur le Code civil**. Paris : Garnier, 1955.

<sup>37</sup> BERTEA, op. cit.

<sup>38</sup> BACELLAR FILHO, Rome Felipe. **O Controle da Administração Pública**. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2396/9.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

<sup>39</sup> FASSÒ, op. cit. p. 225.



ideologia revolucionária francesa.<sup>40</sup> Em resumo, o ordenamento jurídico do Estado de direito pode ser representado pelo positivismo como constituído por uma base normativa bem definida e facilmente identificável.

A redução do direito à forma legislativa e, em alguns casos, àquela codificada, trouxe consequências à compressibilidade do conteúdo da decisão jurídica. No contexto do Estado Liberal, de fato, a lei é concebida como um ato normativo, contendo exclusivamente enunciados prescritivos gerais, abstratos, estáveis no tempo, caracterizados por um conteúdo genérico e expresso de forma condicional, típica e constante. A diferença dos outros tipos de direito, como aqueles de origem jurisprudenciais, o direito legislativo possui estas características que são apontados em especial pelos teóricos como Bentham e Austin. A ideia que a lei apresente tais elementos está conexas à concepção segundo a qual essa é expressão, pelo menos tendencialmente estável, de interesses gerais exprimíveis de forma abstrata. Uma reconstrução da concepção liberal da lei foi proposta, por exemplo, por Zagrebelsky.<sup>41</sup> Por essa via ideológica, ou razões, a lei e, portanto, o Direito poderia ser considerado como constituído por um conjunto de diretivas a cujo conhecimento é de fácil acessibilidade por parte dos destinatários.<sup>42</sup>

Esta redução, para Habermas, retira a legitimidade do direito estatal, pois as autoridades que elaboram uma lei, pelo procedimento formal são parte de um sistema de autoridade que precisa ser legitimado enquanto um todo, se a “*pura legalidade enquanto uma indicação de legitimidade*”. Se um sistema de autoridade não puder legitimar-se independente da forma legal de exercer a autoridade, não estará, portanto, apto a garantir o reconhecimento a longo prazo.<sup>43</sup>

Assim, vários interpretes do contemporâneo debate se distanciaram das principais aquisições do “positivismo” e de sua base de conhecimento fundado na unidade teórica, divergindo também da forma impositiva do estudo do Direito que se desenvolveu no âmbito dos Estados Constitucionais do sec. XX. Uma parte considerável dos pensadores contemporâneos, de fato, coloca em dúvida a relevância teórica de uma análise exclusivamente estrutural ou formal do ordenamento jurídico centrada sobre a ideia de validade, a qual foi em larga medida a proposta do positivismo jurídico. Hoje vários teóricos

---

<sup>40</sup> VOLTAIRE, Jean Baptiste. **Dizionario filosofico**. Milano: A.Mondadori, 1762.

<sup>41</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Torino: Einaudi, 1992, p. 24-33.

<sup>42</sup> BERTEA, op. cit.

<sup>43</sup> HABERMAS, Jurgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Trad. Vamerireh Chacon. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, p. 19.

ênfatizam a importância dos processos de “interpretação jurídica”,<sup>44</sup> principalmente como atividade através da qual não só vêm individuado os conteúdos das normas, mas também identificadas as extensões e os limites do sistema jurídico.<sup>45</sup>

Em tal visão, a interpretação é considerada uma atividade construtiva, o que existe não é completamente predeterminável, mas faz parte desta existência pelos mecanismos de produção de normas que apresentam um caráter contextual.<sup>46</sup> Deste modo, muitos teóricos contemporâneos acolhem esta concepção de Jerzy Wróblewski, que a define no “*Ideology of Rational Judicial Application*”. Segundo esta doutrina, a aplicação constitui um procedimento somente em parte previsível, seja porque não arbitrária, ou porque tem o caráter de um pensamento racional de direito adequado ao caso em espécie. Esta sua obra<sup>47</sup> é uma importante contribuição para a ciência jurídica analítica. Faz um relato completo de tudo o que está envolvido na ideia de “aplicar” a lei e como isto é realizado pelos juízes. Assim, explora analiticamente a ideia central para a nossa compreensão da legalidade como um valor ao qual os sistemas de governo aspiram. Isto é conseguido através da construção e análise de modelos das várias etapas envolvidas na tomada de decisão judicial, incluindo tanto elementos de interpretação e de apuração dos fatos, quanto pela exploração de diversas ideologias passíveis de rigorosa observância da lei. O autor adota como principal objeto de análise sistêmica, os ordenamentos jurídicos baseados em leis, na forma que estes tomaram dentro de sistemas jurídicos socialistas, anteriores às revoluções dos anos 90, baseando-se principalmente na lei da Polônia até 1989.

Este é o último trabalho do autor, postumamente traduzido, jurista analítico mais ilustre da Polônia moderna. Por ele, deve-se reconhecer que o fenômeno jurídico não é constituído somente de um conjunto de regras que disciplinam os comportamentos sociais, mas é também uma concatenação de atividades através das quais vêm individualizados os significados e a esfera de aplicação das regras.<sup>48</sup>

Assim, o direito pode ser considerado uma prática social de natureza interpretativa, uma combinação de processos regulatórios mais que de normas regulantes, uma série de processos através dos quais as prescrições vêm aplicadas, ao invés de um sistema de enunciados linguísticos prescritivos. Nisto está implícito o reconhecimento de que o direito é

---

<sup>44</sup> BERTEA, op. cit.

<sup>45</sup> DWORKIN (1985, principalmente 146-177), e DWORKIN (1986, 45-86 e 225-276) apud GUEST, Stephen. **Ronald DWORKIN**. Trad. Luis Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010

<sup>46</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Aplicação Judicial do Direito**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 305-314.

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> Vide Medida Provisória 579, de 11 de setembro de 2012, convertida na Lei 12.783, de 11 de janeiro de 2013.

extensão da experiência e que, enquanto tal, só parcialmente linguística, no qual o conteúdo não é integralmente predeterminável.<sup>49</sup>

Este quadro teórico geral de referência comportou a necessidade de enfrentar também o problema da segurança jurídica em termos diversos à concepção positivista. A aceitação da crítica à elaboração positiva no tema da segurança jurídica constitui o denominador comum de uma série de contribuições de autores, diferenciados pela inspiração filosófica, referência teórica e finalidade. Assim, se internamente ao debate jurídico atual, a teoria da segurança jurídica não é unitária, mas apresenta características diversas nos vários pensadores, todavia, em primeira aproximação e sem ter a pretensão de reconduzir a unidade de conjunto de origens diversas, parece que ser sustentável que a doutrina contemporânea concorde em alguns problemas de fundo.

No âmbito da discussão mais recente, de um lado, reconheceu-se que, em que pese o caráter largamente indeterminado do ordenamento jurídico, o apelo à segurança jurídica vem identificar antes de tudo a expressão de uma necessidade, de uma exigência subjetiva sugerida pelos interessados nesta categoria, que só secundariamente pode ser reconhecida como um elemento do próprio sistema jurídico.

Por outro lado, sugere-se a utilidade teórica como tratar a segurança em conexão com os estudos sobre a interpretação e a argumentação jurídica. Sobre estes temas parece possível afirmar que, no atual debate, a segurança jurídica apresenta duas dimensões diversas, ainda que conhecidas: a) uma dimensão subjetiva e b) uma dimensão objetiva.<sup>50</sup>

A primeira afirma que na atualidade a certeza do direito existe como exigência difusa entre os cidadãos. Enquanto tal, pelo ponto de vista subjetivo, isto identifica uma necessidade vaga e geral, uma expectativa do indivíduo frente aos confrontos da administração pública ou do exercício do poder que não se exprime, exclusivamente na previsibilidade das consequências jurídicas ou da conhecibilidade da norma. Deve-se também a esta doutrina haver sublinhado que a exigência de segurança jurídica é resumível a um núcleo de conceitos portadores da ideia de que o fenômeno jurídico não deve reduzir-se a um conjunto de valoração absolutamente imprevisíveis e, no limite, arbitrários. Não obstante isto, este núcleo deve manifestar-se de várias formas e com características diferentes. Assim, na dimensão subjetiva, a “certeza do direito” é indicada mais seguidamente com expressão “segurança jurídica”. À mutação terminológica corresponde também uma ampliação do âmbito no qual o

---

<sup>49</sup> BARBERIS, Barberis, M. **II diritto come discorso e come comportamento**. Torino: Giappichelli, 1990, p. 98.

<sup>50</sup> BERTEA, op. cit.

tema vem tratado. Na realidade trata-se de duas dimensões notoriamente separadas, quanto mais de dois componentes de um mesmo conceito. Isto é evidente pelo fato que na obra de alguns teóricos contemporâneos o debate das duas dimensões são interconexos e não separáveis se não através de um esforço analítico. Refiro-me em particular à Aarnio e a Peczenik, que definem a certeza tanto como uma exigência, quanto como uma característica (ideal) do ordenamento jurídico.<sup>51</sup> Ambos serão melhor vistos adiante.

Isto pode ser muito evidente através da análise das obras daqueles teóricos que se debruçaram, especialmente, sobre a componente subjetiva desta “certeza do direito”. Sob esta linha de pensamento se põe, por exemplo, Gregorio Peces Barba.<sup>52</sup> Este autor defende que a noção positiva de certeza do Direito toca só uma parte da complexa problemática existente. Em sua obra *Teoria de los derechos fundamentales*, o pensador espanhol revela que a certeza do direito é parte de um valor fundamental mais amplo: aquela da segurança: “a segurança é tranquilidade, ausência de temor e certeza frente aos abusos de poder, no âmbito do sistema jurídico e frente à desconfiança produzida pela falta de satisfação de necessidades fundamentais”.<sup>53</sup> Estes valores basilares apresentam um componente fortemente jurídico à “segurança do direito” que, segundo ele, manifesta-se de três formas em relação: a) ao poder; b) ao sistema jurídico; e, c) à sociedade.

Em relação ao poder estará garantida quando o sistema jurídico estiver à beira do perigo causado pela existência e pelo exercício do poder coercitivo. Isto equivale à necessidade de garantir a expectativa de que um ordenamento jurídico seja criado pela autoridade soberana, mas seja também, ao menos em parte, independente e não constitua exclusivamente uma emanção direta da sua vontade.<sup>54</sup> A segurança, nesta primeira definição, reconduz ao caráter mais ou menos autônomo do ordenamento jurídico com relação às deliberações do poder. A tal propósito, Peces Barba fala de segurança através do direito. Essa se distingue, por sua vez, em segurança originada do poder, que indica a exigência de identificar com certeza os detentores do poder, e segurança pelo exercício do poder, ou seja, a justa expectativa de poder conhecer antecipadamente os limites no uso da força.<sup>55</sup>

Em relação ao sistema jurídico, a segurança jurídica é definida por Peces Barba como a possibilidade de saber a quais normas se deve ater, considerando-se uma garantia contra o arbítrio. O autor fala de segurança “no” direito.

<sup>51</sup> PECES BARBA, Gregório. *Teoria dei diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 3-7.

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> Aqui Peces concorda com Habermas op. cit., que diz: quando se legisla, se leva ao interior da norma a questão da legitimidade.

<sup>55</sup> PECES BARBA, op. cit.

Finalmente, em relação à sociedade a segurança jurídica é denominada também segurança social. Definida como a expectativa de o ordenamento jurídico intervir no livre jogo das relações sociais e econômicas, e assumindo a mediação das proteções a favor dos que são social, física, psíquica e/ou economicamente debilitados ou culturalmente desvantajados.

Neste viés, a certeza do direito denominada “segurança no direito”, é considerada uma parte da segurança (que compreende também a segurança através do direito e a segurança social). Esta última constitui um valor, ou direito fundamental, que deve ser tutelado e protegido pela Constituição. Portanto, a noção alargada de segurança jurídica não indica só um caráter do direito objetivo mas, sobretudo, uma expectativa dos cidadãos nos confrontos frente à utilização do poder coercitivo que, na melhor das hipóteses, pode ser proclamado como um direito subjetivo constitucionalmente protegido. Para Faralli, direito à certeza do direito.<sup>56</sup> Assim, definir a exigência da certeza como um direito dos indivíduos isolados manifesta a visão de que isso seja um interesse difuso entre os cidadãos digno de encontrar proteção constitucional. De outro lado, por parecer imprópria por um ponto de vista estritamente jurídico, tal construção parece uma fórmula ideologicamente eficaz para entender que nos dias de hoje, a segurança jurídica é uma expectativa assaz profunda e difusa, a qual, quem detém o poder, deve levar em conta. Neste sentido, é relevante que no debate contemporâneo, o termo direito subjetivo designa, sempre mais frequentemente, não um direito no sentido tecnojurídico, mas principalmente, uma declaração de intenção. Notável, por exemplo, a valorização, recebido nos últimos anos das diversas declarações nacionais e internacionais, sobre os direitos subjetivos.<sup>57</sup>

Sob o pensamento que frisa a utilidade de tratar a segurança jurídica a partir de uma ótica subjetiva e de ampliar assim a tradição do tema também se coloca Erhard Denninger. Este autor confronta o modelo de Estado legal de direito, produto do pensamento liberal iluminístico, àquele de Estado social, difundido a partir do século XX. Denninger afirma que no primeiro paradigma (*Rechtsstaat*) a organização política vem concebida como possuidora de funções essencialmente “negativas”, de garantia, nas relações entre os cidadãos e é fundada sob valores da igualdade, da liberdade e da segurança jurídica.<sup>58</sup>

Observa ainda que, já desde o momento da Declaração de 1789 o valor da segurança foi conectado com o da liberdade, como instrumento de garantia desta última. Assim, muitos

<sup>56</sup> FARALLI, C. Certeza del diritto o diritto alla certezza? **Materiali per una storia della cultura giuridica**, v. 27, n. 1, p. 89-104, 1997.

<sup>57</sup> BOBBIO, op. cit., p. 79-86.

<sup>58</sup> DENNINGER, E. **Diritti dell'uomo e legge fondamentale**. Torino: Giappichelli, 1998, p. 37.

dos direitos clássicos das liberdades do liberalismo, isto é, a liberdade da pessoa, a liberdade contratual, a propriedade privada possam realizar a sua função social, só seria possível se fossem direitos certos: certos na atribuição e delimitação da esfera de tutela, certos do ponto de vista do reconhecimento jurisprudencial e certos com referencia aos instrumentos de sustentação estatal. Só uma liberdade “assegurada”, protegida e garantida deste modo, “corresponderia ao ideal constitucional liberal-burguês”.<sup>59</sup>

Este modelo, também denominado “Estado de prevenção”,<sup>60</sup> parte da crítica a alguns temas iluminísticos que, no mundo contemporâneo, acabaram por ter um viés, ao menos em parte, conservadoras, e assume um caráter mais marcadamente intervencionista nas relações sociais, a partir do momento que desenvolve as funções estranhas aos Estados anteriores. O dever de realizar este último, trás para os detentores do poder a necessidade de levar em consideração o cidadão no interior do grupo e a situação concreta (social, econômica etc.) na qual se encontra.<sup>61</sup> A nova perspectiva na qual se fundamenta a autoridade política nos Estados contemporâneos se faz que estes devem ser organizados sobre base de valores de referencia parcialmente diferentes da experiência liberal. Ideais como da diversidade, da solidariedade e da segurança substituem, assim, a tríade liberal iluminista. Este autor afirma que atualmente os ideais da revolução francesa foram complementados e parcialmente emendados pelos ideais de *se security, diversity and solidarity*.<sup>62</sup>

Tratam-se de valores que, ao menos em parte, derivam dos antecedentes, como seu desenvolvimento interno, e que respondem a uma logica coerente enquanto são todos dirigidos e convergentes no respeito à dignidade humana.<sup>63</sup> Esta ultima é considerada por Denninger um ideal fundamental que não pode estar sujeito à revisão pois é caráter fundante de nossa civilidade. De outra parte, tais novos valores fundamentais e contemporâneos, entre os quais, a segurança, constituem não só os ideais constitucionais, pela utopia, mas também os elementos que respondem a exigências reais e essenciais do homem. Estes apresentam um duplo valor: como ideal constitucional e como ideia guia de uma politica internacional dos direitos do homem, revestindo o caráter de utopia mais ou menos concreta. Na realidade social, ao contrario, descrevem real *descoberta fundamental*, ou os elementos existenciais do homem moderno, tal como a dignidade que é, assim definida pelo mesmo autor, nos termos de Potlach, em função de cinco parâmetros: i) liberdade do medo da existência, ii) da garantia

---

<sup>59</sup> Ibid., p. 37.

<sup>60</sup> Ibid., p. 38.

<sup>61</sup> Ibid., p. 23-24.

<sup>62</sup> Ibid, p. 16-20, DENNINGER, E. State task and human rights. **Ratio Juris**, v. 12, n. 1, p. 1-10, mar. 1999, p. 4.

<sup>63</sup> apud BERTEA, op. cit.

da igualdade, iii) da tutela da identidade e da integridade, iv) da delimitação do poder estatal e v) do respeito à dimensão corporal humana. Deste modo, o pensador alemão exprime a ideia de que a certeza (*rectius*: a segurança) do direito tem um componente subjetivo que precede e funda aquela objetiva.<sup>64</sup>

Em virtude da sua derivação direta da exigência de respeito à dignidade humana, a garantia da expectativa de segurança é reconhecida como um interesse imprescindível do indivíduo hodierno. Isto constitui uma parcial transformação do valor liberal da segurança do direito. Isto permite considerá-la como um conjunto mais vasto que compreende também a segunda, mas não se exaure nesta. Deste modo, Denninger sustenta que o ideal da segurança jurídica não vem apartado dos ordenamentos contemporâneos. Todavia, isso é em parte modificado e ampliado, no momento que se revela ineficaz enfrentar os novos problemas postos ao indivíduo pela próxima evolução jurídica, social e tecnológica. Daí, a exigência de desenvolver e de tutelar, através do direito, novas formas de segurança, não só jurídica, mas também social, informática,<sup>65</sup> ecológica etc.

A possibilidade de garantir eficientemente a segurança, colocada em tal senso amplo, é por isso fortemente conexa ao desenvolvimento de intervenções positivas pela parte do Estado. Todavia, segundo Denninger, por tal mudança de paradigma podem derivar também os riscos pela certeza jurídica teorizada pelo pensamento liberal: a “direta intenção de tutela dos bens jurídicos esconde, a sua vez, perigos pela segurança do direito, no senso da garantia de liberdade”. Entre certeza do direito e segurança do direito se podem evidenciar, portanto, também momento de tensão e contraste. A tal propósito, Denninger faz referencia, por exemplo, aos riscos que pela certeza do direito pode comportar uma intervenção estatal contra a criminalidade quando, com o fim de cumprir os seus objetivos, a tutela da segurança social dos cidadãos, esta implica a possibilidade da suspensão ou da parcial violação de certas garantias procedimentais de origem liberal, através, por exemplo, da obtenção de interceptação telefônica não autorizadas ou de interrogatórios vinculados aos assuntos da defesa etc., portanto, convencido de que se assiste hoje ao “fim de um Estado capaz de garantir a certeza do direito liberal “clássico””.<sup>66</sup>

Na dimensão objetiva, colocada como caráter ideal do ordenamento jurídico ou da norma, a segurança jurídica é analisada diante do problema da possibilidade da solução jurídica dos casos concretos ser tomada por meio de um procedimento interpretativo e

<sup>64</sup> DENNINGER, 1998, op. cit., p. 49.

<sup>65</sup> Vide casos de espionagem recentes denunciados pelo analista da *Central Inteligency Agency* – CIA, Edward Snowden.

<sup>66</sup> DENNINGER, 1998, op. cit., p. 38-39.

argumentativo, cuja premissa é constituída por uma base normativa necessariamente vaga e indeterminada. No debate contemporâneo, a certeza do direito remete assim ao tema da busca destas soluções jurídicas aos casos particulares que resultam justificados, racionais, plausíveis racionalmente à luz do conteúdo da norma do ordenamento.<sup>67</sup>

Similar imposição da temática não esconde que as soluções efetivamente adotadas pelos órgãos de aplicação jurídica não são, em realidade, as únicas possíveis. Todavia, isso implica que estas podem ser reconhecidas como não arbitrárias se são defensáveis à luz dos princípios presentes no direito. Devem ser também individualizadas respeitando-se às regras de natureza não exclusivamente lógico formal. Portanto, neste sentido, para a segurança jurídica - aqui certeza do direito -, não é necessário demonstrar que existe uma só decisão jurídica fundamentada para cada caso. A certeza remete simplesmente à existência e à disponibilidade de soluções possíveis, fundamentadas e defensáveis.

Nesta óptica, será definido “certo” aquele direito cuja aplicação aos casos concretos são coerentes com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, obtidos de acordo com um procedimento racionalmente fundado e, ao menos em parte, justificável à luz dos parâmetros de racionalidade consensadas por uma sociedade. A certeza consiste assim, na possibilidade de demonstrar que no interior de um sistema jurídico as decisões aplicáveis não são arbitrárias, mas constituem o resultado da utilização de procedimentos argumentativos racionalmente fundados e predeterminados de modo não excessivamente vago. Óbvio que, assim reelaborado, o conceito de certeza jurídica constitui uma noção débil: não mais conhecível *ex ante* as consequências jurídicas das ações individuais, nem idônea do direito a construir um guia seguro para a planificação da conduta individual, mas justificável *ex post* nas decisões particulares. No debate contemporâneo se assiste, portanto, a uma verdadeira e profunda transformação conceitual da noção referente ao tratamento juspositiva de certeza.

Nesta direção, seja também com variados graus de radicalidade se movem, sobretudo, aqueles teóricos do direito que tem levado a cabo considerações sobre o racionalismo jurídico, e aqueles que se dedicam, *ex professo*, à teoria da argumentação.

## 1.2 A POSIÇÃO DE KELSEN E SEU APERFEIÇOAMENTO POR MACCORMICK

Kelsen traça fundamental crítica à segurança jurídica ao apontar que a “ilusão” da segurança jurídica é oriunda da própria tradicional teoria jurídica que, conscientemente ou

---

<sup>67</sup> Ibid.



não, esforça-se para mantê-la.<sup>68</sup> O autor tem plena clareza do conservadorismo inercial que as classes dominantes<sup>69</sup> exercem para, primeiro estabelecer o direito “da maioria”, depois para mantê-lo<sup>70</sup>. Rejeita-se o entendimento de que a interpretação é cognição da lei positivada e, assim, é uma forma de derivação para “novas normas” oriundas da primeira norma conhecida, é a fundamentação da denominada “jurisprudência dos conceitos”,<sup>71</sup> a qual a Teoria Pura do Direito combate. Para o autor, a “criatividade” judicial no caso concreto beira à ilegalidade, vez que, no limite, esta mesma criatividade poderá adentrá-la, visto não expressar o contido em lei.

Por outro lado, a Teoria Pura do Direito demoliu esta visão de que normas poderiam ser “criadas” por via da cognição, uma semelhante visão sugere, em sua extensão final, que seria necessário imaginar a “lei” como um sistema governamental organizando (comandando/governando) cada aspecto do múltiplo comportamento, ou ação, humanos, em particular, a atividade dos órgãos judiciais, a qual deveria se posicionar acima de todos os Tribunais. Kelsen tem muito claro que a real função da lei positivada e, portanto, também sua interpretação, é a descoberta de normas que já existem, e simples de serem desvendadas no caso concreto.

O autor fulmina fatalmente: “a ilusão da segurança jurídica é que a teoria tradicional do direito, conscientemente ou não, está lutando para se manter”.<sup>72</sup>

Sem pretensão de contrariar o grande jusfilósofo, mas aproveitando-se do próprio argumento kelseniano, observa-se a “teoria tradicional do direito” foi “atualizada” por novas categorias da jusfilosofia, condenando algumas de suas antigas convicções à obsolescência.

A doutrina de Maccormick pode ser encontrada, ao menos em parte, no interior da teoria positivista, à qual o autor expressamente afirma se filiar. Todavia, a atenção pela racionalidade jurídica obriga inevitavelmente Maccormick a distanciar-se do originário positivismo e a aderir a uma perspectiva que reconhece, processos interpretativos e argumentativos, grande relevância teórica. Isto era desconhecido, ou desconsiderados, nos expoentes do positivismo jurídico.<sup>73</sup> A contribuição deste autor escocês, no tema da segurança

<sup>68</sup> KELSEN, 1992, op. cit., p. 83-84.

<sup>69</sup> Voltamos à Gramisci e a questão da cultura, só que jurídica.

<sup>70</sup> KELSEN, Hans. *The illusion of legal certainty is what traditional legal theory, wittingly or not, is striving to maintain. Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law.* Trad. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson. Ed. Oxford – UK: Clarendon Press, 1992. p. 83/84.

<sup>71</sup> KELSEN, 1992, op. cit.

<sup>72</sup> Ibid.

<sup>73</sup> MACCORMICK, N.; WEINBERGER, O. *Il diritto come istituzione.* Milano: Giuffrè, 1990, p. 11-12 e p. 26-27) e MACCORMICK, N. *Argumentation and Interpretation.* *Law. Ratio Juris*, p. 16-29, 1993, p. 16).

jurídica, é o fato de que tal problemática deve ser analisada em estreita conexão com o estudo da argumentação jurídica.

Portanto, de um lado, a definição de segurança jurídica proposta por Maccormick pode ser considerada, estrutural, tradicional. Esta concepção não modifica ou altera a totalidade das outras, mas apresenta alguns elementos de originalidade frente à proposta positivista.<sup>74</sup>

Maccormick define a segurança jurídica como fidelidade ao precedente: um direito é certo (e seguro) se no tempo quase simultâneo encontram-se soluções análogas. Deste modo, a segurança é a expressão das exigências de confiabilidade, de conservação e de estabilidade do direito em uma perspectiva diacrônica.<sup>75</sup> Assim posto, remete ao princípio da justiça formal, resumível na expressão “*like cases alike*”.<sup>76</sup> Segundo o pensador escocês, a ideia de justiça encontra realização jurídica no procedimento de justificação racional, vale dizer, naquele conjunto de atividade através das quais se mostra que, uma decisão é legítima, se estiver em sintonia com o sistema jurídico.

Desse modo, devido à coincidência entre justificação jurídica e processo de argumentação do direito, em última análise, Maccormick estabelece uma ligação também entre segurança e argumentação: é no estudo dedicado à argumentação jurídica racional que será analisada sua ideia sobre a segurança jurídica.<sup>77</sup>

Na doutrina profunda e complexa de Maccormick sobre argumentação jurídica, aqui apenas tangenciada, a justificação racional constrói-se pelos conceitos de *consistency*, de *coherencia* e de *consequentialist argument*.<sup>78</sup> Todavia, estas noções não tem todas a mesma relevância para a segurança jurídica, a qual estará garantida se a argumentação conseguir demonstrar que a simples decisão não é contraditória aos conteúdos do direito precedentemente decidido, geral e abstratamente (*consistência*). As decisões individuadas devem, também, “fazer sentido”, serem coerentes com o resto do sistema jurídico pré-estabelecido (*coerência*). Deste ponto de vista, portanto, consistência e coerência não são só dois requisitos que fazem da fundamentação jurídica, argumentação racional, mas são dois instrumentos idôneos a garantir a segurança do direito.

Diverge do argumento consequencialista. No seu entender, as consequências para o ordenamento jurídico, quando decide de determinada forma o caso concreto, isto trás

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> MACCORMICK, N. Defeasibility in Law and Logic. In: BANKOWSKI, Z. et al. (Eds). **Informatics and the Foundations of Legal Reasoning**. Dordrecht-Boston-London: Kluwer, 1995. p. 99-117, p. 113.

<sup>76</sup> MACCORMICK, WEINBERGER, 1990, op. cit., p. 108-109.

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> MACCORMICK (1978). Para uma síntese introdutiva que reconstruísse a doutrina da argumentação de MACCORMICK, pode-se referenciar-se à HARRIS, J. W. **Legal Philosophies**. London: Butterworths, 1980, p. 198-207.

consequências voltadas mais ao futuro que ao passado. Por esta razão, isso não pode ser considerado fundamento à realização da segurança jurídica e detém só uma relação indireta com tal ideia ou valor jurídico.

Se é assim, na doutrina de Maccormick, o reconhecimento da segurança do fenômeno jurídico aparece limitado e parcial. Inobstante, o direito pode ser definido como seguro somente se as decisões jurídicas puderem ser racionalmente justificadas. De modo que a segurança jurídica pode ser garantida só na medida em que a argumentação racional é possível. Todavia, Maccormick afirma expressamente que a justificação jurídica não pode ser concebida como um procedimento completamente racional. A teoria da argumentação deve admitir a existência de espaço de discricionariedade decisória que escapa a um pleno controle racional. Trata-se do âmbito, limitado, nos quais aqueles que decidem não encontram vínculo predeterminado. Nesta ótica, portanto, a existência da discricionariedade no decidir constitui ainda uma possibilidade que a exigência de certeza venha obnubilada e, portanto, que o direito seja, ao menos em parte, incerto.

Em segundo lugar, quando o procedimento de argumentação é racional, pode haver espaço para a incerteza. Como dito, só o referimento (exclusivo) aos argumentos de *consistência* e de *coerência* formatam o direito não só justificado, mas também certo. Todavia, segundo Maccormick, nisto se faz necessário e decisivo argumentar a favor de uma escolha também sobre a base de argumento *consequencialista*. Isto não implica a redução da justificabilidade da decisão, no momento que a forma de tal argumento garante a racionalidade da conclusão. Por outro lado, o recurso à razão consequencialista pode colocar em risco a possibilidade de assegurar que a decisão seja fiel às prescrições jurídicas precedentemente estatuídas e pode, assim, no limite, voltar-se em uma exceção ao princípio da certeza do direito.

Em nosso entender, este autor ressalta as consequências teóricas da conexão entre segurança e procedimento de argumentação, de modo mais radical que Habermas.

### 1.3 A POSIÇÃO DE DWOKIN VERSUS HABERMAS

Antes de adentrar à breve análise de Habermas faz-se necessário pequeno introito à teoria de Dworkin<sup>79</sup>. Sua teoria “moraliza”, é plenamente moral, do começo ao fim. A

---

<sup>79</sup> DWOKIN, Ronald apud GUEST, op. cit., p. 3.

interpretação portanto não é “limitada” pelos fatos da prática humana, embora ela faça uso de tais fatos, conferindo-lhe um status moral especial. Não decorre disso que sua teoria seja “subjetiva”, porque suas visões morais – como todas as visões morais – estão sujeitas à revisão, à correção e, em resumo à razão.

A teoria jurídica de Dworkin começa com os princípios da liberdade e da igualdade, que justificam as instituições da democracia e do direito. Por tal teoria, afirma-se que o direito é parte integral da democracia, especialmente voltada ao papel dos pilares característicos da democracia: o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. As afirmações de que a democracia é uma forma intrinsecamente justa de governo e que o direito é parte da democracia são afirmações moralmente ideais. Um déficit de democracia no mundo real equivale a um déficit de direito e vice-versa. E em um mundo onde não existe democracia, esse mundo seria moralmente melhor se possuísse democracia e direito. Naturalmente, as leis promulgadas e aplicadas em uma democracia podem ser substantivamente injustas e, na verdade, às vezes menciona-se essa característica como o “paradoxo” da democracia. Mas, não há paradoxo, em breve reflexão percebe-se, segundo o autor, que a afirmação de que o direito é parte da democracia é conciliável com a existência de leis moralmente injustas. Pois, é parte da ideia de democracia, o fato de que, ocasionalmente, uma lei moralmente má pode, não obstante, criar uma obrigação moral em conformidade com ela. O autor sustenta ainda que não importa o nome que se dê a esses instrumentos, pode-se chamar democracia de “alfa” e direito de “beta”, o uso que se farão destes conceitos será sempre baseado na moral.<sup>80</sup>

Por sua vez, para Habermas é necessário problematizar o conceito positivista de segurança jurídica, vez que se um sistema jurídico não consiste mais (como gostaria a imaginação positivista), sobretudo de “regras”, ou seja, de normas que incluem em si o procedimento aplicativo, isso não pode assegurar que as decisões tenham o mesmo grau de previsibilidade. O conceito clássico de segurança jurídica “[...] *requer uma estrutura de regras que nenhum outro sistema jurídico complexo e autoreferencial, constituído de regras, princípios e programa, está em condições de satisfazer*”.<sup>81</sup> Sobre a base desta consciência, Habermas reputa que seja indispensável por em perspectiva o tema da certeza com o do procedimento argumentativo através do qual se chega à decisão do caso específico. Deste modo, o pensador alemão sustenta que a segurança do direito hoje assume um caráter

---

<sup>80</sup> Ibid.

<sup>81</sup> HABERMAS, Jürgen. **Entre Fatos e Normas (1992)**. Cambridge: Polity Press, 1996.

procedimental<sup>82</sup>, afirmando que este procedimento garante aos sujeitos jurídicos “o direito a um justo procedimento”, sendo isto garantia não à segurança jurídica mas, principalmente, a uma “clareza discursiva das questões pertinentes de fato e de direito”. Assim, as partes podem confiar no fato de que, na decisão judicial, foram decisivos “só fundamentos relevantes e não arbitrários”. Se se considerar o direito vigente, como um sistema de norma idealmente coerente, então esta segurança produzida pelo procedimento pode satisfazer a expectativa de uma comunidade jurídica preocupada com a própria integridade e orientada aos princípios, de modo que “a cada um sejam garantidos os direitos que os competem”.<sup>83</sup>

Por esta via, o vínculo entre certeza e argumentação resulta particularmente estreito, pelo modo com que Habermas concebe a primeira como a possibilidade de conhecer antecipadamente as formas e as garantias com as quais se vinculam o procedimento de aplicação.

Trata-se de uma teorização na qual a certeza do direito não é posta à prova pela existência de margens não elimináveis de indeterminações aplicativas. Ou seja, por outro lado, segundo Habermas não constitui uma deficiência da teoria da certeza, mas antes uma consequência inevitável do caráter que o discurso jurídico em geral assume internamente ao ordenamento contemporâneo. Isto é estruturalmente aberto a influencia proveniente de outra fonte (discurso moral e discurso político, principalmente), a qual a relevância jurídica é só em parte previsível em abstrato. Em tal contexto, portanto, a certeza não pode ser concebida como conceito débil, compatível com uma parcial indeterminação das soluções e conexas principalmente à ideia da imparcialidade argumentativa.<sup>84</sup>

#### 1.4 A POSIÇÃO DE ROBERT ALEXY

Mesmo o tema da certeza do direito constituiu um argumento de confronto entre Habermas e Alexy. Este último foi acusado por Habermas de não atribuir suficiente relevo ao ideal da segurança jurídica, no momento em que, de fato, elaborou uma teoria que não se

---

<sup>82</sup> Muito marcante que na versão inglesa se encontra a expressão “procedure-dependent certainty of law”: HABERMAS, 1996, op. cit., p. 220.

<sup>83</sup> Ibid., p. 220.

<sup>84</sup> Ibid.

limita só a constatar a indeterminação estrutural presente no direito contemporâneo, mas acresce ulteriormente esta e finda por fazer depender as soluções dos simples casos exclusivamente pela valoração dos juízos que, em ultima análise, não estão sujeitos a controle.<sup>85</sup>

A crítica habermasiana é digna da máxima atenção. Todavia, observa-se que, na teoria jurídica de Alexy, a certeza do direito é obtida em atenta consideração e vem reconhecida como um valor de referencia “supremo”, por não ser “único”, dos sistemas jurídicos.<sup>86</sup> A importância da noção de certeza assume no pensamento jurídico de Alexy emerge também da adesão do autor a uma forma moderada de constitucionalismo. A opção por uma versão débil de constitucionalismo foi ditada mesmo pela vontade de combater à crítica segundo a qual a doutrina constitucionalista, na forma que, a partir de 1958, emerge em algumas sentenças da Corte constitucional alemã no tema de direitos fundamentais, constituiria uma fonte de confusão, de arbitrariedade e de incerteza do direito.<sup>87</sup>

O constitucionalismo de Alexy é centrado na noção de princípio, no momento que, segundo o pensador alemão, os sistemas jurídicos contemporâneos são profundamente caracterizados por tal tipologia normativa. Desenvolvendo e aprofundando a elaboração Dworkiniana, Alexy define os princípios como espécie de norma que empresta caráter e comportamento diverso em relação às regras. Os princípios têm conteúdos relativamente mais gerais, abstratos, vagos e genéricos em relação às normas. Estes podem ser definidos como “preceitos de otimização”, vale dizer, diretiva realizável só em parte e na medida variável que não prescrevem as condutas específicas, mas reenviam a valores que deverão ser observados na maior parte dos casos possíveis.<sup>88</sup>

Para Alexy o anúncio de um princípio não comporta a obrigatoriedade para o destinatário de adequar-se completamente a ele podendo exercer uma atividade específica, mas equivale à colocação de um fundamento que, *prima facie*, suportando o comportamento que contribui a aplicação do princípio. Isto significa que a esfera de aplicabilidade dos princípios é relativamente indeterminada. Por outro, os princípios são suscetíveis de expansões e de compressões: a fim de saber qual é o efetivo conteúdo de um princípio é necessário não só fazer referencia ao conteúdo literal, mas também ao conteúdo dos outros princípios concorrentes potencialmente aplicáveis, se existentes, e às circunstancias do caso

<sup>85</sup> Ibid.

<sup>86</sup> ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. Translated by Julian Rivers. Oxford University Press, 2002.

<sup>87</sup> Tais críticas voltam a Schmitt (1970) e foram recuperadas por autores de diversas inspirações políticas como E. Forsthooff, E.W. Böckenförde, N.Hoerster apud BERTEA, op. cit.

<sup>88</sup> ALEXY, op. cit. p. 75-77, 143.

concreto. Alexy afirma que os princípios são distintos pela dimensão do “peso”, ao invés da validade. O procedimento necessário para determinar qual é o “peso” de cada um dos princípios é constituído pelo experimento de um teste de balanceamento (ponderação) que, necessariamente não pode prescindir da consideração também de alguns elementos concretos, não predetermináveis em abstrato. Assim, o êxito das técnicas de ponderação não podem ser estabelecidas em regra geral, nem resultam previsíveis. Se é assim, os princípios devem ser considerados argumentos concorrentes *pro ou contra* uma determinada decisão, que se inserem em um vasto esquema racional. A sua aplicação, então, não é imediata, nem direta, depende, ao menos em parte, das valorações pessoais que aquele que julga reserva à circunstância do fato específico e à ordem de prioridades entre os princípios concorrentes. Portanto, não é possível fixar rígida hierarquia entre princípio e é, assim, inadmissível um “formalismo dos princípios”.<sup>89</sup>

Todavia, segundo Alexy, isto não equivale a concluir que o direito, por princípio, é um sistema normativo irremediavelmente incerto. A certeza do direito pode ser garantida ainda que o procedimento de balanceamento seja sujeitado ao controle racional que excluem o caráter arbitrário das decisões particulares. A este propósito, o autor observa ser necessário à elaboração e utilização pelo julgador de uma teoria da argumentação idônea para sobrepor a atividade de ponderação a das regras gerais, nas quais a racionalidade é reconhecida intersubjetivamente. Deste modo, o processo interpretativo e aplicativo do direito da parte dos órgãos judicantes, também se não inteiramente predeterminados, poderiam ser ao menos colocados a uma verificação sobre a base de critérios precedentemente estabelecidos e a certeza do direito viria assim garantida. No sentido de contribuir com uma possível doutrina geral da argumentação, parece mover-se o mesmo autor quando desenvolve uma teoria dos direitos fundamentais nas quais vem apresentadas uma série de parâmetros, em parte tratados pela jurisprudência constitucional alemã, em parte inspirada à racionalidade econômica, que devem guiar os procedimentos de balanceamento entre os direitos sancionados pela constituição. Também se não relevados explicitamente por Alexy, parece, todavia, que se coloca em relação ao procedimento de ponderação e de justificação jurídica, a certeza do direito seja definida em um significado especial: este equivale à solicitação que a aplicação aconteça de modo não arbitrário e que a decisão do caso não seja fundada exclusivamente sobre valoração pessoal do intérprete, mas, ao menos em parte, sobre direito vigente.

---

<sup>89</sup> ZAGREBELSKY, op. cit., p. 170-173.





## 1.5 A POSIÇÃO DE AARNIO E PECZENIK

Segundo este autor, a certeza do direito é definível como a garantia da não arbitrariedade da sentença e pela adequação substancial (justiça) pela determinação relativa à consequência jurídica pelas ações dos indivíduos. Assim entendida, esta vem principalmente conexa ao tema da interpretação do direito. Esta última remete à existência de uma prática linguística comum e compartilhada, especificamente jurídica, regida por um conjunto de regras peculiares, aquelas da interpretação jurídica exata, que a diferenciam-na e a delimitam em relação à outra forma de comunicação linguística,<sup>90</sup> Aarnio retoma as ideias de Wittgenstein a propósito dos jogos linguísticos. O jogo linguístico do direito é disciplinado por um conjunto de regras linguísticas dadas e compartilhadas como pressuposto pelos operadores do direito.<sup>91</sup>

As regras de interpretação jurídica, efetivamente utilizadas ou referidas na prática dos sistemas jurídicos ocidentais, não vinculam de modo mecânico o interprete. Trata-se, de fato, de um conjunto de regras vagas, abertas, flexíveis que admitem ao seu entorno uma variedade de interpretações e conduzem à possibilidade de atribuir significados diversos a Um mesmo texto. Por essa razão, o conteúdo das decisões jurídicas é parcialmente indeterminado *ex ante* e imprevisível. Todavia, a obrigação de justificar as decisões sobre uma base diretiva de interpretações é consentido excluir a absoluta subjetividade das interpretações e, por tal via, a limitar o multiplicar-se incontrolável dos significados jurídicos. É mesmo a justificação que, nesta perspectiva, garante a não arbitrariedade e a propriedade da decisão (e, portanto, a segurança jurídica)<sup>92</sup>. Para ele, a justificação de uma decisão jurídica tem sua aceitabilidade racional inserida numa perspectiva inspirada em Habermas. Retoma-se aqui a importância da argumentação sob uma nova forma invocando à Habermas mais também à Wittgenstein e à Kuhn. O direito é apresentado como uma forma de vida específico, uma prática social que não pode ser compreendida se não através de um referencial comum partilhado pelo atores e descrito como uma matriz, ou seja, as semelhanças (*l'ensemble*) dos pressupostos partilhados pelos atores sobre o sentido e os princípios regem a prática social que eles têm em comum. A ideia de pressuposto permeando um discurso recorda a norma fundamental de Kelsen, mesmo se eles são atores reais hipóteses tomadas pela escolha dogmática e não-arbitrária. A matriz joga um papel comparável àquele afetado pelas normas últimas pois ele compreende um lista

<sup>90</sup> AARNIO, Aulus. **The Rational as Reasonable**. A Treatise on Legal Justification. Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo: D.Reidel, 1987, p. 213-214.

<sup>91</sup> PECZENIK, Aleksander. **On Law and Reason**. Dordrecht-Boston-London: Kluwer, 1989.

<sup>92</sup> AARNIO, 1987, op. cit., p. 185-188.

de tipos de direito. Apesar destes ajustes interessantes, a originalidade da teoria de Aarnio é limitada para o que nos concebemos, pois ela se refere em última análise aos desenvolvimentos de Peczenik sobre a norma fundamental por estabelecer a validade da constituição. Estas teorias escandinavas são, a priori mais pertinentes para os europeus que aquela do professor Dworkin.

Com estas observações, Aarnio instaura uma estreita conexão entre certeza e justificação do direito: o direito geral e abstrato é certo se as soluções particulares e concretas dele derivável podem ser justificadas racionalmente. E uma solução pode ser considerada justificada quando for possível demonstrar que ela é compatível com e, em qualquer medida, determinada pelo sistema axiológico e pelos modelos de racionalidade partilhada, ao menos nas linhas fundamentais por uma comunidade de envolvidos (intersubjetividade dos critérios para a justificação). Por sua vez, a ideia de racionalidade é reconhecível não só por respeito às regras da lógica formal, mas remete também à adesão de uma série de parâmetros ulteriores os quais, por exemplo, aqueles da sinceridade, da eficiência, o da coerência, da verificabilidade (rastreabilidade) ideal ou empírica, da acessibilidade ao discurso e aquele da partilha equitativa do ônus de argumentação. Por isso esta é definida como “racionalidade dialética”. Todavia, os critérios da racionalidade dialética, que regram principalmente o procedimento, não são tantos para garantir a plena justificação de uma decisão. A este fim, é necessário talvez que a solução seja aceitável do ponto de vista material “Evitar a arbitrariedade tem sido muitas vezes entendido, por definição, já que o verdadeiro conteúdo da segurança jurídica. Esta é, contudo, apenas um lado da moeda. Lembremo-nos que as pessoas esperam quando eles pedem segurança jurídica (sensu largo). Eles pressupõem que as decisões não são apenas não arbitrário, mas também substancialmente adequada”.<sup>93</sup> Prevenção da arbitrariedade tem sido muitas vezes entendida, por definição, como o verdadeiro conteúdo da segurança jurídica. Isto é, contudo, apenas uma face da moeda, pois é o que as pessoas esperam quando reclamam por segurança jurídica (em sentido amplo), pressupondo que as decisões não sejam apenas não arbitrárias, mas também substancialmente adequadas.

Esta dupla dimensão é necessária pelo fato de o simples respeito às formas e aos procedimentos não é incompatível com a prática de atos que em substancia são profundamente injustos e injustificáveis, no momento que as formas são por definição (quase) vazias e, por isso, podem resultar compatíveis com (quase) todos os conteúdos. Assim, há

---

<sup>93</sup> AARNIO, 1987, op. cit., p. 4.

necessidade de se fazer referencia a um ulterior requisito: aquele da racionalidade ou admissibilidade substancial. Com este termo, Aarnio entende a necessidade de que as soluções jurídicas especiais estão conformes à imagem do mundo elaborada no âmbito de certa forma de vida, isto é, aos valores de justiça substancial próprios de uma determinada sociedade.<sup>94</sup> Aquelas de “imagem do mundo” e de “forma de vida” são duas noções que trazem também esse, como o acima referido jogo linguístico, a Wittgenstein. Este autor revisita a possibilidade de repetir no interior de uma sociedade uma estrutura comum do pensar e do agir humano, um conjunto de convenções e valores partilhados. Tais estruturas do pensamento e da ação constituem um complexo não mais discutível de segurança que é pré-condição para a interação social e para o partilhamento dos conhecimentos. Com isso não se nega a existência das diferenças individuais: a referencia, de fato, é a um substrato comum muito profundo que de qualquer modo cada indivíduo “absorve” pelo fato de viver em uma sociedade em vez de outra e resulta de qualquer modo a ele independente. Assim, estão sujeitos a diferenças individuais postas sob nível menos profundas.

Sobre a base de tais observações, Aarnio conclui que a segurança jurídica tem duas componentes: uma procedimental, ou seja, requisito da racionalidade dialética; e uma substancial, ou seja, requisito da aceitabilidade ou da razoabilidade. Pode-se dizer, portanto, que para Aarnio um direito é certo se as soluções particulares dele derivadas são aceitáveis racionalmente, vale dizer, plenamente justificáveis na forma e na substancia, para um auditório especial ideal<sup>95</sup>. Com tal expressão se faz referência a um conjunto limitado de indivíduos, pertencentes a um dado contexto social (componente especial) que agem respeitando à racionalidade dialética (componente ideal). Portanto, a noção de “auditório particular ideal” remete a uma ideia não universalista de racionalidade, a qual seria própria de uma dada cultura social. rinvia a un’idea non universalistica di razionalità, la quale sarebbe propria di una data cultura sociale.

É importante sublinhar assim que os limites ao arbítrio decisório que são assim garantidos são por demais frágeis. Tanto os vínculos procedimentais, quanto aqueles substanciais podem assegurar exclusivamente a conhecibilidade antecipada das razões a sustentar admissíveis, mas não são nunca suficientes a determinar a ordem, a hierarquia interna e a influencia recíproca entre os vários argumentos e, por essa via, o conteúdo da decisão final, a este propósito, revela-se o caráter vago dos critérios de racionalidade o que satisfaz, segundo Aarnio, à garantia de segurança jurídica. Em parte, a ausência de precisão

---

<sup>94</sup> Ibid., p. 218-219.

<sup>95</sup> Ibid., p. 221-224.

relativa e este aspecto está conexo com a dificuldade que Aarnio encontra quando trata de contextualizar os ordenamentos jurídicos concretos às teorizações por estes autores elaboradas e pensadas a partir de uma série de idealizações racionais. Tais dificuldades de passar de um discurso ideal para um real, manifestam-se claramente no vínculo que o pensador escandinavo estabelece entre segurança jurídica e outros conceitos como “forma de vida”, “visão de mundo” compartilhadas em um contexto social. Trata-se de um vínculo indispensável para uma doutrina que fundamenta a possibilidade de garantir a segurança jurídica à de encontrar um consenso intersubjetivo relativo a algum critério de justiça que deveria constituir os parâmetros do juízo de não arbitrariedade. Todavia, se trata outrossim, de conceito que a simples menção não resta clara, pois expressos com termos muito vagos e gerais. Estes parecem apropriados à uma realidade, constituída pela sociedade pluralista contemporânea, na qual são difusos os fenômenos que fornecem fundamento para duvidar da existência de uma única forma de vida e de uma imagem de mundo compartilhada, como, por exemplo, a diversidade, as diferenças e a limitada coesão social, o conflito de interesses, a radicalização dos particularismos, a presença de múltiplas culturas e de conflitantes valores de referencia, a pluralidade ideológica.

A análise da segurança jurídica proposta por Aarnio é indicativa talvez do fato de que na teoria mais recente, este ideal assume um caráter complexo. Enquanto no positivismo a segurança é exclusivamente um valor formal indicativa, a propósito, da consideração tradicional da segurança jurídica como “justiça formal”,<sup>96</sup> sendo no debate contemporâneo considerada um ideal no qual está presente tanto um componente formal (procedimental), quanto um material.

De outra forma, para Peczenik, o direito moderno se caracteriza pela coerência e legitimidade que, por sua vez, repousam sobre a segurança jurídica e a moralidade. Os fundamentos jurídicos são dirigidos à justificação ao invés da verdade. Melhor, a reflexão sobre a validade leva em realidade à existência de obrigações absolutas o que exclui toda redução da norma fundamental à uma norma social e impõem no lugar a validade da constituição à coerência do sistema jurídico.

A constatação segundo a qual estes atos foram promulgados por autoridade competente é uma razão de agir *prima facie* que deve ser sopesada na balança com outros elementos. A passagem entre os elementos de fato que manifestam a existência da constituição e seu caráter obrigatório (validade) não é possível, a não ser por um “salto” não

---

<sup>96</sup> Ibid., p. 221-224.

dedutivo entre ser e dever-ser. O direito repousa, portanto, sobre uma série de condições onde a conjunção permite o salto mediante a validade da constituição.

A norma fundamental é na realidade uma utilidade argumentativa que permite este salto frente a estas condições do caráter obrigatório da constituição. Ela beneficia uma nova formulação e um novo estatuto, pois ela se insere no paradigma que guia a prática dos atores.

Neste aspecto, é particularmente explícito também Peczenik. Este autor observa que a certeza do direito pode ser entendida no senso formal, no sentido material e em ambos.

A certeza do direito no senso formal (*legal certainty in the formal sense*) identifica a previsibilidade da decisão jurídica. Todavia, um debate sobre certeza do direito que levasse em consideração só o aspecto formal seria redutiva e não satisfatória, do momento que a garantia da certeza do direito, no significado formal, não é suficiente para excluir o cometimento de injustiças substanciais mesmo que extremas. Portanto, pela teoria geral contemporânea, que não é indiferente ao problema da justiça e da conexão entre direito e valores não jurídicos, é indispensável elaborar uma doutrina diversa da segurança do direito capaz de impedir o paradoxo de um ordenamento constituído por norma certa, mas injusta.<sup>97</sup>

Sobre a não indiferença do direito positivo aos problemas da justiça, deve-se ver Alexy<sup>98</sup>, que apresenta uma série de argumentos a favor da tese segundo a qual a injustiça extrema e intolerável pode comprometer a validade das normas. O caso no qual se reconhece a fundação desta teoria, o paradoxo ao qual se refere o texto seria muito grave no momento que a ausência de consideração da componente substancial da certeza do direito teria, por consequência, a possibilidade de se achar de frente a norma contemporaneamente certa, mas talvez, inexistente para o ordenamento pela sua pronunciada injustiça.

Portanto, há necessidade de levar em consideração uma noção material de segurança jurídica (*legal certainty in the material sense*). Para bem ver, observa Peczenik, a existência de uma componente substancial no conceito de segurança é implícito também no sentido formal daquela expressão e é um limite à reflexão jurídica por não haver aprofundado suficientemente. De fato, a necessidade de interpretar os fatos jurídicos ao final da definição de seus conteúdos efetivos, comporta para o jurista a obrigação de fazer referência a um complexo de valores e de fazer uma escolha valorativa. Deste modo, na medida em que é dependente da interpretação, a segurança jurídica, também no senso formal, remete a operações que implicam a consideração de valores substanciais, e portanto, de elementos materiais. Por tal razão, trata-se de procedimento e foca-se na ideia da indissolubilidade dos

---

<sup>97</sup> PECZENIK, op. cit., p. 31. (tradução nossa).

<sup>98</sup> Ibid.

dois significados e na necessidade de tratar unitariamente, sob a dicção da segurança jurídica do direito material, seja do direito entendido no senso formal de previsibilidade das consequências, seja a entendida em sentido substancial como sua aceitabilidade racional.

A conclusão desta, no pensamento de Peczenik é um só significado admissível de segurança jurídica, aquele material, segundo o qual esse é o compromisso ideal de previsibilidade e de aceitabilidade racional das decisões jurídicas: “Creio, portanto, que interpretar “segurança jurídica” no sentido material, é o compromisso ótimo entre previsibilidade da decisão legal e sua aceitabilidade em relação de outras considerações morais”.<sup>99</sup> O autor interpreta "segurança jurídica" no sentido material, como o compromisso ideal entre a previsibilidade das decisões judiciais e sua aceitabilidade em vista de outras considerações morais.

Por tal razão, a concepção formal perde a sua autonomia e acaba por constituir uma componente da material, que se transforma no único significado teoricamente justificado à luz da realidade dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Assim entendida, a segurança jurídica é efetivamente um valor digno de ser perseguido e uma expectativa socialmente compartilhada meritória de tutela jurídica: “Na sociedade moderna, as pessoas esperam, em geral, que as decisões judiciais sejam altamente previsíveis e, ao mesmo tempo, altamente aceitáveis do ponto de vista moral”. Circunstâncias iguais, quanto maior o grau de tal previsibilidade, maior a probabilidade de um indivíduo para programar eficientemente a sua vida. E, “*ceteris paribus*,”<sup>100</sup> quanto maior o grau de aceitabilidade moral das decisões judiciais, maior a chance de um para fazer a vida, portanto, planejado satisfatória. Um indivíduo normal espera ser capaz de planejar uma vida satisfatória”.<sup>101</sup>

Tais significados são o núcleo pois, segundo Peczenik<sup>102</sup> uma ulterior aceção constituída pela certeza material no sentido amplo (*legal certainty in the extended material sense*). Esta vem a compreender talvez a proteção que, enquanto ordenamento coercitivo, o direito garante aos indivíduos e aos entes coletivos. Nota-se que nesta última noção poderia referir-se também à ideia de certeza como segurança social elaborada por Paces Barba,<sup>103</sup> acima citado. Portanto, a este propósito, mais que de certeza pareceria preferível falar de segurança do direito.<sup>104</sup>

---

<sup>99</sup> Ibid.

<sup>100</sup> Mantidas as mesmas condições de pressão e temperatura.

<sup>101</sup> PECZENIK, op. cit.

<sup>102</sup> Ibid.

<sup>103</sup> PACES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. **Doxa**, Alicante, n. 4, 1987.

<sup>104</sup> BERTEA, op.cit.

Para o autor, este é um esboço de uma teoria da coerência da lei. Suas ideias básicas são: apoio razoável (aceitabilidade) e ponderação de razões. “Todo o resto é comentário”. É uma teoria sobre a natureza do direito que enfatiza o papel da razão na lei e que se recusa a limitar o papel da razão na aplicação da lógica dedutiva. Em 1989, quando a primeira edição do *On Law and Reason* apareceu, foi inovador por vários motivos. Forneceu uma teoria racionalista da lei à linguagem da filosofia analítica e, baseada em uma compreensão completa dos resultados, incluindo os técnicos, à filosofia analítica. Isso não foi uma combinação óbvia no momento da primeira edição, e ainda não o é. O resultado é um rigor analítico que é geralmente associado às teorias positivistas da lei, combinada com uma posição filosófica de que não é a lei natural no sentido estrito, mas que compartilha com ele a ênfase no papel da razão em determinar o que a lei é. Somente por esta rara combinação, *Direito e Razão* influenciou o desenvolvimento do campo da lógica jurídica que renasceria na década de noventa.

## 2 ESTADO DE DIREITO, SEGURANÇA JURÍDICA E DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO: BREVE PERSPECTIVA COMPARATÍSTICA

De tempos em tempos é necessário separar-se dos argumentos técnicos e se perguntar, ingenuamente: o que está acontecendo?<sup>105</sup>

Friedrich Hayek

É verdade que, por um capricho que nasce antes na natureza que no espírito dos homens, volta e meia é necessário mudar certas leis. Mas o caso é raro, e, logo que aparece, a mão que altera esta lei, não será mais que uma mão trêmula.<sup>106</sup>

Montesquieu

Afim de delimitar o presente trabalho, vem-se abordar a segurança jurídica, afirmando-se ser uma das principais características do Estado de Direito. Sua concretização se dá no aperfeiçoamento das instituições democráticas, tendo o Direito Administrativo importante vínculo com a renovação e, principalmente, democratização de institutos que levem ao cidadão a perfeita sintonia com sua comunidade, fazendo-o partícipe e coautor de seus destinos.

Nesta esteira, o Direito Administrativo econômico constitui-se em requisito para o regramento social e democrático dos meios de produção e distribuição, para o suprimento das ilimitadas necessidades do cidadão e de suas interações com o mercado. Não se está afirmando que o Direito Administrativo econômico se sobrepõe ao viés privado dos contratos mercadológicos, no entanto deve ser parte da infra-estrutura que gestiona todo o funcionamento mercantil, assegurando ao cidadão plenos direitos à participação nas decisões além de excelência em serviços.<sup>107</sup>

Porém, a compatibilidade do princípio da segurança jurídica com os ideais do liberalismo e do livre mercado não deve conduzir à apressada conclusão de que, sempre, o princípio da segurança jurídica será compatível e equivalente com o princípio da eficiência econômica. É importante notar assimetrias entre as diversas manifestações sociais e jurídicas.

<sup>105</sup> From time to time it is probably necessary to detach oneself from the technicalities of the argument and to ask quite naively what it is all about”2 – FRIEDRICH, Hayek. *Economics and Knowledge*. **Economica**, London, v. IV, p 33-54, 1937, p. 54; reproduced in FRIEDRICH, Hayek. **Individualism and Economic Order**. [1948]. Chicago: Chicago University Press, 1992, p. 56.

<sup>106</sup> MONTESQUIEU. *Lettres persanes, Lettres CXXIX*, Il est vrai que, par une bizarrerie qui vient plutôt de la nature que de l'esprit des hommes, il est quelquefois nécessaire de changer certaines lois. Mais le cas est rare, et, lorsqu'il arrive, il n'y faut toucher que d'une main tremblante.

<sup>107</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 492p.



Apenas para introduzir o tema, vimos fazer breve abordagem aos aspectos comparatísticos do direito público, em especial, do Direito Administrativo.

## 2.1 NOÇÃO E NATUREZA DO DIREITO COMPARADO

Para Giulio Napolitano<sup>108</sup>, a comparatística neste campo do conhecimento jurídico é mais recente, pois cada Estado possui sua peculiaridade no trato com seus cidadãos, impedindo a difundida prática, na comparatística, da sobreposição de institutos. Assim o direito comparado pode ser definido como a ciência que, valendo-se do método comparativo, pretende conduzir o pensamento jurídico a obter, através de um procedimento ordenado, metódico e progressivo de confronto, “as semelhanças, as divergências e suas causas, ou seja a revelar as relações existentes entre os diferentes ordenamentos.”<sup>109</sup>

Esta necessidade de comparação entre sistemas jurídicos nasceu da própria vertente do positivismo jurídico oitocentista de se impor e qualificar, dentre as nações, aquelas mais “evoluídas” e “desenvolvidas” para o pensamento jurídico da época. Portanto, sob a influencia deste positivismo jurídico, na afirmação dos Estados Nacionais, quando se quebrou definitivamente a “unidade” dos grandes sistemas jurídicos modernos ocidentais, cristalizou-se os múltiplos ordenamentos nacionais, cada qual “soberano e autossuficiente”.<sup>110</sup>

Neste sentido, para o Prof. Bacellar Filho, em palmar ensinamento<sup>111</sup>, comparando as jurisdições administrativas francesa e brasileira, traçou importante paralelo entre a variação das respectivas jurisdições, demonstrando que há continental diferenças entre os “direitos administrativos nacionais”, pois a “conformação deste pensamento foi realizado por via de uma peculiar interpretação do princípio da separação dos poderes.” Diversamente interpretado nos sistemas jurídicos em confronto, na França – continua o Prof. Bacellar fulcrado em Jean Rivero “a jurisdição administrativa nasceu de um princípio interpretado a luz de uma tradição.” Arrematando com Maurice J. C. Vile, para quem a “doutrina pura” da separação dos poderes, tal qual concebida à época da Revolução Francesa<sup>112</sup> era a que determinava a separação da jurisdição inclusive entre os “departamentos” legislativo, executivo e judicial. Já no Brasil, desde a proclamação da República e sua Constituição de 1891, foi adotado “o

<sup>108</sup> NAPOLITANO, Giulio. **Corso de Diritto Amministrativo**. Diretto da Sabino Cassese. Milano, Itália: Giuffrè Editore, 2007, p. ix.

<sup>109</sup> CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Il Método Comparativo**. Torino, Italia: Ed. G. Giappichelli, 2000, p. 13.

<sup>110</sup> DE VERGOTTINI, Giuseppe. **Diritto costituzionale comparato**. Padova, Italia: Ed. CEDAM, 2013, p. 51.

<sup>111</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. **Revista de Direito Administrativo**, Ed. Renovar, v. 211, p. 65-77, 1998.

<sup>112</sup> Ibid.

sistema de jurisdição única, também denominado de sistema inglês *una lex, una jurisdictio* sem a presença de uma jurisdição administrativa.”<sup>113</sup>

Portanto, há inamovível diferença entre os sistemas administrativos econômicos de cada país, o que influencia sobremaneira os reflexos jurídicos e econômicos, mas o Direito Comparado pode auxiliar trazendo institutos e novos elementos aos direitos regionais, porém nem sempre tão simples e pacificamente.

## 2.2 COMUNIDADE EUROPÉIA DE NAÇÕES

Nesta senda o Direito Administrativo sofreu (e sofre) direta influência das crises mundiais. Por exemplo, Margareth Thatcher, a Dama de Ferro, inaugurou uma nova fase: a guerra contra o antivalor. Ela representou uma era de “revelação” do antivalor em energia. Na Europa vigia o modelo anterior a ela e posterior a II Grande Guerra era de que ao Estado se delegava a incumbência do abastecimento energético com apoio em empresas privadas parceiras. Isto se denota, por exemplo na constituição da Comunidade do Carvão e do Aço, firmada pela França e Alemanha no pós guerra, e na fundação do tratado de Roma, em 66, onde o problema energético continuava escamoteado devido ao livre acesso que os Estados tinham aos fornecedores, ou seja, não era preocupação privada o suprimento energético, mas um assunto que competia aos Estados resolverem, e os resolviam. Esta mentalidade a ausência de regras claras.

## 2.3 REGULAÇÃO EUROPEIA DA ECONOMIA

A independência operativa da Autoridade sob o duplo viés “político e administrativo” estava garantida, no mais, pela autonomia financeira estava assegurada pelo combinado disposto pelos arts. 49, 50 e 78 do tratado (CECA).

Como é já conhecido, ao final dos anos 30 diversos observadores, entre eles Paul Reuter, acreditavam que os modelos administrativos dos Estados europeus – na época em profundas modificações – ainda inadequados a enfrentar a desafio imposto pela repentina transformações impostas ao mundo político-econômico do desenvolvimento do capitalismo, e que os proliferar dos “*trusts*” representava só a face mais evidente. Neste sentido, a experiência americana ostentava uma tradição bastante consolidada, visto que surgida da

---

<sup>113</sup> Ibid.

primeira intervenção econômica desde 1890, quando foi promulgado o Sherman Act que, não obstante numerosas limitações, havia representado uma espécie de marco na história administrativa dos Estados Unidos, inaugurando um novo papel do governo federal nas suas relações com o mercado.

Na verdade, o nascimento do direito administrativo nos EEUU pode remontar ao final do século XIX, com a difusão de um modelo de *economic regulation*, um processo nascido como *delegated legislation*, dado que se fundava sobre uma delegação da autoridade legislativa a favor da agência administrativa assim dita independente. Graças a tal delegação, as “*independente commissions*” assumiam poderes definitivos ao longo do tempo, com o objetivo seja de regulamentar específicos aspectos ou setores do mercado, seja de fiscalizar sua observação pelos privados.

Em decorrência desta característica, as *authorities* puderam ser examinadas sob um duplo viés: por um lado, de fato, encontram-se no direito administrativo os vínculos procedimentais para a sua atividade (da CECA) e, de outro, isso contribuía, graças à emanção das novas formas de *regulation*, a delinear os modelos das ações administrativas mesmas. Outro aspecto digno de ser mencionado é que as *authorities* surgiam com uma forte conotação técnica, segundo um modelo de intervenção voltado a transferir no campo da economia e do direito as questões políticas, segundo uma aproximação que se poderia definir tecnocrático e que acompanhava à contemporânea difusão das teorias tayloristas.

A busca de soluções técnicas aos problemas políticos e econômicos era prático, contudo, a conquista de uma espécie de “eficiência administrativa”, na qual a política e a administração eram separadas e esta última poderia ser enumerada entre as atividade *businesslike*. Esta concepção, cujo um dos principais defensores foi Woodrow Wilson, girava em torno da centralização dos recursos, sob uma seleção do pessoal baseada no mérito e na especialização técnica e sobre uma estrutura organizativa funcional ao encontro dos objetivos prefixados, segundo um modelo adotado ao mesmo tempo na Itália nos denominados “*enti Beneduce*”.<sup>114</sup>

A difusão desta ideia efficientista e, em última análise, “tecnocrática” da administração encontrou nos “*independente regulatory agencies*” o principal campo de aplicação, onde sobretudo o caráter da “independência” contribui enormemente à obtenção da eficiência burocrática, um requisito agora imprescindível em um contexto econômico radicalmente mudado, espécie em razão dos formidáveis avanços tecnológicos havidos e pelo nascimento

---

<sup>114</sup> ISONI, Alessandro. *L’Autorità del carbone e dell acciaio*. Alle origini di una istituzione pubblica. Lecce-IT: Ed. Argo, 2006, p. 170.

dos grandes *trusts*, que necessitava fornecer resposta intencionando equilibrar a enorme concentração de meios econômicos e técnicos.

De outro lado, a dicotomia entre “política” e “técnica” constituiu em seguida o objeto da reflexão de Reuter, o qual tinha voluntariamente previsto que a Alta Autoridade possuísse uma forte competência técnica em matérias econômicas e jurídicas, tanto para induzir alguns observadores a compara-la a uma “*synarchie*”.<sup>115</sup>

Para Reuter, de fato, a época moderna tinha traçado uma divisão mais profunda entre estas duas tipologias, com os políticos, homens “de fins”, empenhados a exercitar “um poder sobre os homens” e os técnicos que, ao contrário, sendo “homens de meios” possuíam “um poder sobre as coisas” que lhes rendia o mais importante respeito dos primeiros, dado que a modernidade parecia considerar homens o mesmo que “coisas”.

Nos EEUU o desenvolvimento deste novo instrumento administrativo se produz segundo um modelo pragmático, que escapa de soluções projetadas mas, seguindo, ao contrário, um método empírico e experimental que, além de apresentar a vantagem de não ser rígido, consentia também de encontrar a solução a solução sempre provisória, a qual único critério de validade era o confronto entre resultados obtidos e as expectativas.<sup>116</sup>

Depois as *authorities instituite* a cavalo entre os séculos XIX e XX, o fenômeno conheceu um período de estagnação, para então voltar no auge com o advento da Grande Depressão e a presidência de Franklin Delano Roosevelt. E mesmo o *New Deal*, do qual Monnet havia tido ocasião de conhecer algum protagonistas durante a IIGG, se preparasse para encontrar uma sistematização para as relações entre “Estado” e “Mercado” no qual prevalece um modelo voltado a *regulating business by independente commissions*.<sup>117</sup>

Neste sentido, a rica gama de procedimentos adotados durante o *New Deal* apresenta numerosos aspectos dignos de menção, especialmente porque diz respeito ao direito público da economia, também porque se insere de maneira original em uma estrutura econômica que, até o momento, havia mal tolerado qualquer intervenção pelos poderes públicos que pudesse perturbar o jogo liberal da demanda e da oferta. Depois da vitória sobre o candidato republicano Hoover, a nova administração democrática decide incentivar a economia americana, adotando 14 (quatorze) procedimentos durante os primeiros cem dias sucessivos a sua posse. Entre as primeiras medidas figurava o *Federal Emergency Relief Act*, que previa o estabelecimento de uma cifra ambiciosa para favorecer a ocupação escolar. Assim, foi

---

<sup>115</sup> Ibid.

<sup>116</sup> Ibid.

<sup>117</sup> Ibid.

instituído a *Public Works Administration*, um ente dotado para a construção de escola, tribunais, hospitais e outros edifícios de interesse público. Era a primeira etapa de um percurso que traria a instituição de numerosas autoridades administrativas, com o objetivo de ocupar-se de determinados setores econômicos, sobretudo em uma óptica regulatória. Em outros termos, o Estado não interviria diretamente na atividade econômica, mas se legitimaria a favorecer um correto desenvolvimento, buscando criar os pressupostos jurídicos para que o jogo liberal da concorrência pudesse desenvolver-se de maneira mais prática e correta.<sup>118</sup>

As diferenças das tentativas de planificação inauguradas por Stalin no início dos anos trinta na URSS, não tinha previsto um órgão central de dirigismo da economia como um todo, nem muito menos um ato geral de orientação. Trata-se, ao contrário, de estrutura técnica, composta por *experts* que determinavam os planos a seguir em setores sensíveis, como os transportes e as comunicações, através de procedimentos administrativos, bem como por meio dos atos normativos primários.<sup>119</sup>

Também a agricultura e a indústria foram campos da intervenção pública: no primeiro a adoção, em 1933, do *Agricultural Adjustrment Act*, objetivava a sustentar o nível de preço incentivando a redução da produção agrícola, enquanto com o *National Industrial Recovery Act*, emanado no mesmo ano, a administração democrática procurou encontrar um meio de contemporizar a exigência dos programa governamental e as iniciativas dos privados, com o duplice escopo da estabilidade dos preços e do aumento da ocupação laboral. A esta finalidade, foi criada uma estrutura *ad hoc*, a *National Recovery Administration (NRA)*, com a competência de manter os contatos entre o mundo produtivo a administração central. Os termos usados nestas leis “*recovery*” a “*adjustament*” bem demonstram a função destas novas intervenções federais, explicitando a filosofia de fundo da administração Roosevelt, a qual postulava que a economia necessitava de uma vigorosa ajuda da parte do governo. Não obstante isso, a política do *New Deal* não pode ser definida keynesiana, porque faltavam procedimentos diretos para estimular os investimentos ou o poder de aquisição através de uma política de trabalhos públicos.

Na metade do primeiro mandato presidencial de Roosevelt se exauria aquilo que, de costuma definir como o “primeiro New Deal”, distinto do número impressionante de medidas adotadas, com a inevitável obrigação paga à homogeneidade da estratégia global. Para Roosevelt se colocava então, a exigência de racionalizar a própria linha de intervenção dotando-a de uma maior coerência interna e de um aparato mais detalhado de respiro

---

<sup>118</sup> Ibid.

<sup>119</sup> Ibid.

reformador. Assim, em abril de 1935, o governo americano passou a segunda fase do *New Deal*. Iniciou pela criação de um novo ente, a *Works Progress Administration (WPA)*, com a função de gerenciar as medidas destinadas a substituir a caótica legislação social inaugurada em 1933.

O governo adotou também uma série de medidas no campo social, como aprovação, em 1935, da *Social Security Act*, que instituía um sistema de previdência nacional obrigatório e uma forma mista de assistência aos desocupados, gerida pela autoridade federal e pelos Estados Membros. Neste mesmo ano, com a *Wealth Tax Act*, a administração Roosevelt procurou inaugurar uma política de reequilíbrio de rendas, adotando um sistema fiscal baseado sobre taxaçaõ progressiva, através da aplicação das alíquotas sobre renda mais elevadas e seus grandes patrimônios, para adotar, ao final, poucos meses depois, o *National Labor Relations Act*, com cada probabilidade o procedimento de caráter social mais importante de todo o *New Deal*.

É inegável que, em 1939, no momento em que a experiência do *New Deal* encontrava a termo e as nuvens de um novo conflito se adensavam sempre mais sobre o continente europeu, as novidades introduzidas no campo administrativo eram notáveis. Na nação que havia feito da liberdade de iniciativa econômica o próprio princípio guia, progressivamente se construía um sistema de intervenção pública na economia, que existia pela proteção da concorrência, pelo fornecimento de incentivos e pelo controle dos preços.

Também se deve lembrar que, pela primeira vez os Estado Unidos adotaram uma legislação de proteção social, que tinha a finalidade de proteger as pessoas mais debilitadas da população, com o conseqüente aumento dos poderes da autoridade federal, reduzindo a longa tradição do *self-government* que havia diferenciado a experiência precedente. Não obstante os resultados econômicos não foram excelentes, o êxito mais duradouro do *New Deal* não é encontrado nos dados econômicos, porém no haver aberto uma perspectiva, primeiramente inconsistente e de maneira confusa, depois, com sempre mais convicção, a definitiva introdução de uma legislação administrativa, dotada e posta em entes de agencia administrativa nas quais se encontravam concentrados aquelas virtudes da *administrative expertise* que haveriam inspirado em seguida alguns dos promotores e dos executores do tratado institutivo da Comunidade Europeia do Carvão e Aço - CECA.

É também em razão destes desenvolvimentos que Reuter pôde imaginar em seguida uma Alta Autoridade na qual os “técnicos” seriam o fundamento, passando da sua clássica função de assistência aos organismos políticos para substituir diretamente a estes. A juízo do jurista francês, a assunção de responsabilidade executiva da parte dos técnicos, de outra parte,

se rendia ainda mais necessária e auspiciosa no nível internacional, onde era agora manifesta a incapacidade dos grupos políticos tradicionais de enfrentar os desafios impostos pelo mundo moderno. Em particular, entre os técnicos que, em um futuro muito próximo, haveriam assumido um papel central Reuter assinalava seguramente “os juristas e os economistas”. Os juristas, em particular, hoje limitados ao nível nacional a obedecerem às vontades da política e à ditadura dos “representantes da opinião”, seria assim possível reconquistar no nível internacional aquela liberdade de ação que haviam perdido “dentro da ordem interna”. Neste sentido, a instituição de uma Comunidade europeia representaria, aos olhos de Reuter, uma formidável oportunidade de realização deste desejo tecnocrático, alternativo à decadência da qual era vítima o instituto do “Estado Nacional” e caracterizaria uma concepção política que não seria “nem o socialismo, nem o liberalismo, nem o capitalismo”, mas alguma coisa de completamente novo e, sobretudo, de “totalmente irrealizável dentro de um quadro nacional”.<sup>120</sup>

Na linguagem econômica da União Europeia, por exemplo, o princípio comunitário da segurança jurídica desempenha um papel fundamental na jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia - TJCE, devido à sua otimização econômica para os agentes econômicos. Neste sentido a segurança jurídica exige uma escolha de regras legais, para que uma dada situação fática possa ser previsível. Em economia, a lei é instrumento de sua previsibilidade, ou seja, é seu objetivo final, objeto do princípio da segurança jurídica.<sup>121</sup> Previsibilidade é noção que se sobre põe às diferentes dimensões desse princípio, a saber: (1) resistência à elaboração de leis retroativas, (2) objetivo de ter leis claras e determinadas, e, finalmente, mas o mais importante (3) objetivo de elaborar leis confiáveis.<sup>122</sup>

Este princípio, segurança jurídica, tem papel estrutural na jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, como "princípio fundamental" do sistema legal Comunitário.<sup>123</sup> Assim, o princípio de segurança jurídica é conhecido por ser "um dos mais importantes princípios gerais reconhecidos pelo Tribunal Europeu"<sup>124</sup>. Este não é interpretado pelo Tribunal de Justiça de maneira formalista, de forma a ser um imperativo absoluto e categórico, mas sim de modo pragmático, onde os efeitos práticos da falta de previsibilidade

---

<sup>120</sup> Ibid.

<sup>121</sup> HARTLEY, Trevor C. **The Foundations of European Community Law: An Introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Community**: Oxford University Press, 2010.

<sup>122</sup> Ibid.

<sup>123</sup> C-323/88 (1990) Sermes, I-3027; C-234/89 (1991) Delimitis v. Henninger Brau, I-935.

<sup>124</sup> HARTLEY, op. cit.

são considerados em uma perspectiva consequencialista.<sup>125</sup> A definição deste princípio pode ser encontrado em Tagaras.<sup>126</sup> O princípio comunitário da segurança jurídica é um "orientador"<sup>127</sup> e "multifacetado"<sup>128</sup> que, apesar de "sustentar todo sistema legal"<sup>129</sup> engloba ambas as noções, de confiança legítima e da não retroatividade da lei.

Em suma, três requisitos jurídicos diretos vinculados à certeza jurídica:

1) Exatidão, determinabilidade e previsibilidade da lei. Ilustrado pelo caso Irlanda *versus* Comissão Européia no qual o Tribunal de Justiça decidiu que "a legislação comunitária deve ser certa e a sua aplicação previsível para os particulares."

2) Vedação à retroação da lei. O ideal da não retroatividade de normas legais e de decisões judiciais é o padrão judicial acolhido pelo Tribunal de Justiça Comunitário, mesmo que este não exclua, como se verá a seguir, em alguns casos excepcionais, onde há fundamento, principalmente o respeito à confiança legítima e à proteção dos efeitos concretos dos atos jurídicos, estão presentes. Por exemplo, há casos em que os magistrados concluíram que "embora, regra geral, o princípio da segurança jurídica se opõe à retroação contra os efeitos de lei comunitária, pode, excepcionalmente, para o fim a atingir seu objetivo onde o exija e para garantir as legítimas expectativas dos interessados seja devidamente respeitada."<sup>130</sup>

3) Coerência jurídica. A unidade deve ser protegida de discrepâncias na interpretação dos atos legais da EU, sobretudo das julgadas nos tribunais nacionais. Por óbvio, quando há divergências, há uma ameaça ao princípio.<sup>131</sup>

<sup>125</sup> Indeed, Schwarz (1994, p. 202) affirms that "la previsibilité ne constitue pas un but absolu dont la reconnaissance invaliderait tous les actes concernés, mais ce sont les retombées d'un tel manqué de claret quant à la situation des administrés qui en déterminent les conséquences."

<sup>126</sup> C-18/89 (1991) Tagaras *c/* Cour de justice.

<sup>127</sup> SALVIEJO, Caroline. Droit Communautaire des Droits Fondamentaux. **Droit et Justice**, Bruilant, n. 26, 1999, p. 225.

<sup>128</sup> RAITIO, 2003, p. 125.

<sup>129</sup> SCHERMERS and WAELBROECK, 2001, p. 64.

<sup>130</sup> C-99/78 (1979) Weingut Gustav Decker KG *v.* Hauptzollamt Landau, 101.

<sup>131</sup> 27 C-205-215/82 (1983) Deutsche Milchkontor, 2633, at \$30.



## 2.4 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO UM PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA

A perspectiva econômica do princípio da segurança jurídica é comumente reconhecido em sua dupla dimensão: sua função de eficiência às trocas econômicas e sua justa equivalência patrimonial.

De fato, se a segurança jurídica refere-se ao bom ordenamento de leis e decisões judiciais no sentido de que a arbitrariedade e injustiças (jurídicas) são evitadas, o princípio da segurança jurídica, no entanto, não deve ser compreendido apenas na perspectiva da justiça apenas.<sup>132</sup> Fuller observa que na Filosofia do Direito Norte-Americana a segurança jurídica ocupa um meio termo curioso entre os valores da utilidade e justiça, sendo o princípio exigido, de um lado, por sua utilidade ou o bem-estar comum, e, por outro, pela justiça.<sup>133</sup>

Fácil perceber que, para os juristas americanos, de forte tradição analítica, a segurança jurídica deve garantir a harmonia das relações de trocas econômicas, bem como sua representação patrimonial.

## 2.5 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA TRÁS CONEXO O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

O princípio da segurança jurídica trás consigo outro princípio, o da confiança legítima que, implica em um atributo de eficiência, vinculando-se ao da segurança jurídica. Conhecido na Alemanha como “*Vertrauensschutz*” e na França como “*protection de la confiance légitime*”, o princípio da confiança legítima inclui não só a necessidade de medidas

---

<sup>132</sup> Legal certainty may even clash with equity or fairness consideration as illustrated by Casey Mullaly, 2010, p. 1156 when the legal uncertainty of circumventing the patent rules may be advocated for the sake of fairness of third parties.

<sup>133</sup> FULLER, op. cit.

transitórias para o cambiamento legal,<sup>134</sup> ou seja, a sinalização de que o regime jurídico irá mudar, mas também, a proteção razoável da confiança legítima depositada no direito positivado anteriormente, legislado ou judicialmente criado.

Portanto, como princípio geral visando garantir ao cidadão que nenhum tipo de surpresa, legal, administrativa ou jurisprudencial, ele foi brilhantemente sintetizado por Cosmas:<sup>135</sup> a imposição institucional de dever de assegurar que “situações e relações jurídicas no âmbito do direito comunitário, não deverão ser afetados de forma que não poderiam ter sido previsto por uma pessoa diligente.”<sup>136</sup>

O princípio comunitário da confiança legítima é constantemente invocado pelos litigantes na Corte de Justiça comunitária, porém, com pouca aceitação nas decisões judiciais. Ocorre que ele só pode ser invocado no caso de haver concurso de ações institucionais que, imediatamente ou aparentemente, causem frustração à legítima expectativa do litigante.<sup>137</sup> Por óbvio que a proteção da expectativa legítima não é fundamento para a compensação de interesses e direitos ilimitados. De fato, se é fundamental a proteção dos direitos para a existência da Comunidade Européia, a proteção dos direitos e dos interesses legítimos (ou expectativas) tem peso diferente aos olhos dos juízes que decidem.<sup>138</sup>

Há também marcada confusão dos dois princípios na jurisprudência do TJCE.<sup>139</sup> O princípio da segurança jurídica implica uma certeza relativa do direito em termos de previsibilidade para os destinatários da lei ou da jurisprudência: há certa previsibilidade para o planejamento de suas ações. O princípio da confiança legítima pode ser confundido, portanto, como consequência, mas não como segurança jurídica e legítima expectativa, invocado como previsibilidade, como por vezes faz o Tribunal, pois não se tratam de sinônimos.

Este Tribunal, por vezes refere-se ao princípio da expectativa legítima como um “corolário” do princípio da segurança jurídica: a confiança legítima, que faz parte da ordem jurídica comunitária [...] é o corolário do princípio da segurança jurídica, que exige que as

<sup>134</sup> Veja-se C-60/98 (1999) *Butterfly Music*, I-3939; C-11/82 (1985) *Piraiki-Patraiki*, 247; C-127/80 (1982) *Vincent Grogan v. Commission*, 869; C-40/82 (1982) *Commission v. United Kingdom*, 2793; C-42/82 (1983) *Commission v. France*, 1013; C-74/74 (1975) *CNTA*, 550

<sup>135</sup> Opinião do Advogado Geral Cosmas in C-63/93 (1996) *Duff and others v. Minister for Agriculture and Food, Ireland, and the Attorney General*, I-569.

<sup>136</sup> Acima.

<sup>137</sup> TRIDIMAS, 2006, p. 252.

<sup>138</sup> 37 C-7/56 (1957) *Algera c/ Assemblée commune de la CECA*.

<sup>139</sup> Veja-se Prechal, 2011, p. 160 e 2003, p. 2000. O princípio da segurança jurídica e da confiança legítima são ambos reconhecidos como sendo, de acordo com o TJCE, “normas de grau superior”. O princípio da confiança legítima pode ser entendido “como um corolário do princípio da segurança jurídica » (SCHWARZE, 1992, p. 872). De fato, Reynolds (2011) considera, com razão, que, à luz da jurisprudência do TJCE, “ a segurança jurídica e a confiança legítima são intimamente relacionados, quase ao ponto de considerá-los ser a mesma coisa.”

normas jurídicas sejam claras e precisas, e visa a assegurar que as situações e relações jurídicas na Comunidade permaneçam previsíveis.<sup>140</sup>

## 2.6 SEGURANÇA JURÍDICA NA CORTE DE JUSTIÇA DA COMUNIDADE EUROPÉIA: OBRIGATORIEDADE DE MEDIDAS DE TRANSIÇÃO

Para os franceses, os princípios gerais do direito - PGD são princípios aplicáveis, porém não escritos, sem textos. Interpretados (ou criados)<sup>141</sup> pelo Conselho de Estado afim de submeter a Administração Pública à lei e dar garantias aos cidadãos. No caso KPMG, a empresa internacional de auditoria solicitou ao Conselho de Estado que cancelasse o Código de Ética de Auditoria pois, após ser aprovado por Decreto, derivado de Lei, trouxe inovações legais afim de garantir maior transparência financeira após o escândalo ENRON, ocorrido nos EEUU, mas com reflexos no mundo todo. Aos 24 de março de 2006, a assembleia do Conselho de Estado cancelou o Decreto, vez que não previa medidas de transição para o novo regramento.

Com esta decisão, o Conselho de Estado “revelou” princípio transformado em regras que devem ser observadas nos novos regulamentos promulgados. Assim, excetuando o princípio de que as situações contratuais são regidas pelas normas aplicáveis na data da avença, o Conselho de Estado ordenou que as novas regulamentações deveriam ser aplicadas a situações contratuais em andamento desde que haja uma disposição legal, por motivos de ordem pública. A aplicação das novas regras, portanto, pode neste caso, ser retroativa. Mas, ao mesmo tempo, o Conselho de Estado precisou que a Autoridade tem a obrigação de promulgar, por razões de segurança jurídica, medidas transitórias para que a mudança de regra não seja brutal. Legislação que não prevê medidas transitórias afetam situações contratuais e são contrárias ao princípio da segurança jurídica.<sup>142</sup>

A espera pela consagração do princípio da segurança jurídica, no Conselho de Estado, foi prolongada. A exigência por segurança jurídica permeou, significativamente, muitos acórdãos deste Conselho de Estado. Além disso, outras jurisdições consagraram princípios conexos, como o princípio da confiança legítima. Na jurisdição comunitária, o Tribunal de

<sup>140</sup> C-63/93 (1996) *Fintan Duff v. Minister for Agriculture and Food, Ireland*, I-569, at §20. E mais: C-358/08 (2009) *Aventis Pasteur SA v. OB*, I-11305 (‘It should be recalled in that regard that, according to settled case-law, the principle of legal certainty, the corollary of which is the principle of the protection of legitimate expectations [...]’ at §47).

<sup>141</sup> “Juscreer”, expressão usada pela magistratura francesa que quer significar o “jus fazer” já que esta magistratura nada cria, porém aproveita-se do que existe no sistema jurídico.

<sup>142</sup> Le principe de sécurité juridique (CE, ass., 24/03/2006, KPMG), *Fallait pas Faire du Droit*.

Justiça da Comunidade Europeia invocava há tempo um "*princípio geral da segurança jurídica inerente à ordem jurídica comunitária*." Esta decisão do Conselho de Estado parece ter correspondido às expectativas. Mas, se a decisão é clara e suficiente sobre os efeitos que o Conselho de Estado revelou sobre o princípio da segurança jurídica, deixa, no entanto, algumas dúvidas quanto à sua consagração formal como um princípio geral de direito - PGD.

As origens do princípio da segurança jurídica permeia o regramento comunitário, sobretudo, o francês, pois neste sistema jurídico, certos princípios aproximados a ele foram objeto de uma reiteração que os consagrou. Quanto à jurisprudência administrativa, ela se inspira neles em boa parte. Nele vinculam-se dois outros princípios: (i) o do dever constitucional de clareza e inteligibilidade, muitas vezes referenciado pelo Conselho Constitucional; e, (ii) o princípio comunitário da confiança legítima. Estas obrigações foram objeto de decisões no Conselho Constitucional. No caso da KPMG acima citado, o Conselho de Estado confirmou a sua jurisprudência consolidando a possibilidade de invocá-lo.<sup>143</sup>

Portanto, vê-se que a cristalização da segurança jurídica foi trabalho de longa data, no qual o Conselho de Estado foi formatando o entendimento até “revelar” tal entendimento.

---

<sup>143</sup> CE, 08.08.2005, a Federação Geral dos Sindicatos da Educação.

### 3 A CRISE DE IDENTIDADE DO ESTADO BRASILEIRO: INTERESSE PÚBLICO, ANTIVALOR E ENERGIA

#### Saldo Negativo

Dói muito mais arrancar um cabelo de um europeu  
 que amputar uma perna, a frio, de um africano.  
 Passa mais fome um francês com três refeições por dia  
 que um sudanês com um rato por semana.  
 É muito mais doente um alemão com gripe  
 que um indiano com lepra.  
 Sofre muito mais uma americana com caspa  
 que uma iraquiana sem leite para os filhos.  
 É mais perverso cancelar o cartão de crédito de um belga  
 que roubar o pão da boca de um tailandês.  
 É muito mais grave jogar um papel ao chão na Suíça  
 que queimar uma floresta inteira no Brasil.  
 É muito mais intolerável o xador de uma muçulmana  
 que o drama de mil desempregados em Espanha.  
 É mais obscena a falta de papel higiênico num lar sueco  
 que a de água potável em dez aldeias do Sudão.  
 É mais inconcebível a escassez de gasolina na Holanda  
 que a de insulina nas Honduras.  
 É mais revoltante um português sem celular  
 que um moçambicano sem livros para estudar.  
 É mais triste uma laranjeira seca num kibutz hebreu  
 que a demolição de um lar na Palestina.  
 Traumatiza mais a falta de uma Barbie de uma menina inglesa  
 que a visão do assassinio dos pais de um menino ugandês  
 e isto não são versos; isto são débitos  
 numa conta sem provisão do Ocidente.  
 Fernando Correia Pina, poeta português.<sup>144</sup>

Parafrazeando o Prof. Marçal Justen, há sim uma crise de identidade no Estado brasileiro. Se Estado deve ter “cara”, a do Brasil é indefinida: vivemos ainda sob o pêndulo privado-público. No Setor de Energia Elétrica isto está patente. Ensina o insigne professor que as PPPs<sup>145</sup> são reflexos desta crise. O Estado brasileiro vem sofrendo uma reforma “por dentro”, ou seja, não se discute sua natureza ou finalidade, o que se discute é como melhorar o que já existe. Ao final da Assembléia Nacional Constituinte, que resultou na Constituição

<sup>144</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>145</sup> Instituto mal copiado do direito anglo-saxão das *public-private partneship*.

brasileira de 1988, o Estado brasileiro tinha forte presença na economia como empresário, poder de polícia e regulador. O início da mudança veio com a Emenda Constitucional nº 5.<sup>146</sup>

Assim, o mesmo movimento global, que impactou os Direitos nacionais, alterou também os fundamentos administrativos, afetando vigorosamente conceitos como concessões, contrato administrativo, regulação e intervenção econômica que diferem em gênero, número e grau, dependendo sempre de quem as declinam. É bem vinda a conhecida paródia, também do Direito Público, com o termo “reforma tributária”: quando o governo a pronuncia, visa a aumentar ou manter os atuais níveis de arrecadação; quando representantes do empresariado a declinam, querem dizer redução ou repasse das despesas tributárias ao governo ou aos contribuintes/consumidores; e, por sua vez, quando contribuintes e consumidores a utilizam querem dizer pagar menos impostos nesta ponta. Aqui, no tema em tela, tanto concessões como contratos com a Administração Pública possuem rica significância, dependendo de quem a está pronunciando. Cabe ao jurista o dever de defini-la exatamente, perfazendo o perfeito encaixe entre o dever ser e o ser, ou seja o mundo ideal, representado pela norma, e o mundo real, onde ocorrem os fatos, dentro dos parâmetros linguísticos atuais, também em franca mutação.

Importante lembrar que não se falou ainda de outros conteúdos, que perderam sua referência dogmática, alçando-se à completa mutação: v.g. “serviço público” e “intervenção estatal na economia”. Estes sim, nos últimos embates vêm sendo inclusive substituídos por designações divergentes, tendo em vista a enorme dificuldade para conceitua-los de forma satisfativa na doutrina e na jurisprudência. Portanto, voltando ao mestre argentino Gordillo, o direito administrativo não é outra coisa senão a solução de casos concretos e individualizados que, ao final não terão atingido a suprema Verdade, mas sim a finalidade, que é parte do Direito em sua supremacia pela segurança jurídica.<sup>147</sup>

Nas Emendas Constitucionais este termo concessão surge pela primeira vez na Emenda de número 5, a qual “flexibilizava” o serviço público de gás dos Estados à privados, ou à própria estatal, mediante concessão. Originada da necessidade de parcerias entre o poder público empresário e o privado investidor, o Congresso Nacional tramitou todas as grandes reformas pós constituinte que se fizeram necessárias para a implantação do novo modelo econômico brasileiro. Assim, a palavra flexibilização, quer significar: a saída do Estado de

<sup>146</sup> [...] Artigo único. O parágrafo 2º do art. 25 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: "Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação." BRASIL. **Emenda Constitucional n. 5**, de 15 de agosto de 1995 - Altera o § 2º do art. 25 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc05.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc05.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

<sup>147</sup> GORDILLO, Agustín. **Introducción**. Disponível em: <[www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)>. Acesso em: 03 maio 2013.

atividades econômicas, a possibilidade de o privado adentrar em atividades econômicas, a concessão ao privado de serviços necessários etc., mas que demonstra claramente uma radical mudança de estatal para o privado. Tais termos farão parte de uma enorme gama de propostas de Emenda à Constituição (PEC).

Para regulamentar esta nova forma de Estado e admitir a presença privada nestes “negócios” surgiram as leis 8.987/95<sup>148</sup> e 9074/95,<sup>149</sup> que marcam a “virada” nos negócios públicos brasileiros. O regime de exploração até então era o estatal. Com a implementação da ideologia “neoliberal” o governo federal de então inicia pela atualização do aparelho legal, implementando diversas leis que modificarão a gestão dos negócios públicos brasileiros. Interessante notar que a lei trás a expressão “do necessário contrato” para fixar, em nosso entender, a necessidade de competição para prestar o serviço e se autorregular pelo contrato. Importante frisar que a competição irá se estabelecer entre os agentes setoriais, em um segundo momento para, dentro do mercado, a prestação deste serviço. Isto demonstra a nova concepção pública de permitir (conceder) ao privado, sustentado em arcabouço jurídico que lhe garanta esta autorregulação.

Hoje, no Setor Elétrico Brasileiro – SEB não é mais assim, como adiante se verá. O presente estudo visa a analisar as atuais dificuldades enfrentadas na relação entre o capital privado e sua necessária participação na prestação de serviços públicos, ou setores econômicos para onde o Estado dirija seu planejamento, seja como parceria público-privada, seja como concessão, ou mesmo serviços de finalidade social, porém sem estatalidade. Agrave-se que, soma-se a esta ausência de coerência concessória um novo princípio constitucional, o da Sustentabilidade, e seu desdobramento do Desenvolvimento Sustentável, que devem balizar toda a atividade estatal, inclusive nas demandas por maior participação do capital privado no setor público brasileiro.

### 3.1 O "TRANSFORMISMO" CONSTITUCIONAL

Se o constitucionalismo norte-americano é substancialmente contíguo - porque de qualquer modo co-causa essa "inversão",<sup>150</sup> a linha evolutiva dos Estados europeus segue o seu caminho pavimentado definitivamente com as Constituições da segunda metade do século XX, o primeiro, na história do constitucionalismo, a dotar-se de real e verdadeira "cláusulas

<sup>148</sup> Originada do PL 202/1991, de autoria do Senador Fernando Henrique Cardoso.

<sup>149</sup> Conversão da MPv nº 1.017, de 1995, MP do Presidente Fernando Henrique Cardoso.

<sup>150</sup> CARDUCCI, Michelle. **Controllo parlamentare e teorie costituzionali**. Padova, Itália: CEDAM, 1996, p. 07.

transformadoras", expressas a partir de seu próprio texto e conjugadas com uma dúplici projeção da sua duração: como programação de um projeto social (bem-estar social) para o futuro,<sup>151</sup> e como garantidora axiológica de valores.<sup>152</sup> Neste novo estágio, são as próprias Constituições a assumir uma função "transformadora",<sup>153</sup> que vinculam o poder político, não para inibi-lo, mas para orientá-lo,<sup>154</sup> em função dos irrenunciáveis pressupostos axiológicos e das finalidades da sociedade e, conseqüentemente, da economia.<sup>155</sup> O "trasformativismo" constitucional<sup>156</sup> coincidirá então com a realização dos conteúdos normativos da Constituição.<sup>157</sup>

Este viés "trasformativista" reforçou a ideia de Constituição como plataforma para interpretar e aplicar a legislação, além e mesmo *contra* o poder político,<sup>158</sup> concebendo os conteúdos axiológicos e ideológicos do texto, legal e judicialmente realizáveis (acionáveis).<sup>159</sup> No entanto, esta era ainda a filha do "privilegio elitista das Constituições promulgadas", como

<sup>151</sup> HARTWIG, Mattias. **La Costituzione come promessa del futuro**. Trad. it., in R. Bifulco, A. D'Aloia (cur.), *Un diritto per il futuro*. Napoli: Jovene, 2008, 57ss.

<sup>152</sup> Hoje, quem invoca um "direito constitucional cosmopolítico" observa só a esta segunda face da mesma medalha, acreditando que a primeira serve a segunda e não o contrario (cfr. in Italia, Q. Camerlengo, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, Giuffrè, (2007): os valores do indivíduo, antes ainda que a realização de projeto de emancipação social vinculante sobre o futuro. Vem assim superada a lógica do nexo entre "desenvolvimento constitucional" e "desenvolvimento econômico", esta lógica, entre ambos, descrevia a arquitetura constitucional de sustentação às teorias e práticas europeias, sobretudo alemã, da denominada "economia social de mercado". (N. do A.)

<sup>153</sup> ESTEBAN, Jorge. La función transformadora en las Constituciones occidentales. In: DÍEZ PICARO, L. (Cur.), **Constitución y economía (la ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales)**, Madrid: Cec, 1977, 151ss. Mas o manifesto europeu desta visão é o trabalho teórico-comparado di J.J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra ed., 1982, no qual o confronto corre sob a linha da doutrina italiana (em particular, V. Crisafulli e F. Modugno) e alemã (com K. Hesse e P. Lerche). Sobre esta idéia de Constituição no debate italiano, veja-se M. Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, Angeli, 1982, 65 ss. (N. do A.)

<sup>154</sup> Em um tipo de conjunção entre *rechtlichen Sollen* e do *politischen Sollen*, na base de verdadeira e exata imposição constitucional permanente: G. Kassimatis, *Der Bereich der Regierung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1967, 34-47. Na Italia, as contribuições mais significativas sobre esta linha foram aquelas no tema da planificação e sistema constitucional, em particular com A. Predieri, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, ed. Comunità, 1963, 434 ss., onde se argumenta da «modificação da estrutura jurídica induzida pela planificação», A. Barbera, *Leggi di piano e sistema delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1968, na qual se distingue a hierarquia das fontes em «material» e «formal», em função dos escopos sociais "normativizados" na Constituição. (N. do A.)

<sup>155</sup> Pensa-se, para todos, na denominada "clausula de eternidade" do art. 79, parágrafo 3 GG. (N. do A.)

<sup>156</sup> CONTRERAS, Manuel. Sobre las transformaciones constitucionales y sus limites. **Rev. estudios pol.**, v. 16, 1980, p. 165ss.

<sup>157</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Neri. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 162.

<sup>158</sup> Cita-se os instrumentos de controle de constitucionalidade contra a "omissão legislativa", desconhecida nos Estados Unidos, realizados na jurisprudencia da Corte ou formalizados pelos mesmos textos constitucionais (como no caso de Portugal). (N. do A.)

<sup>159</sup> PELAYO, M. García. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid:Alianza Universidad, 1977, p. 132ss.



definido por Günter Frankenberg:<sup>160</sup> aquele único que reconhecia ao poder político o papel prioritário de ação e suporte das dinâmicas constitucionais e sua transformação.

### 3.2 OS PARADIGMAS DO “DIRIGISMO” CONSTITUCIONAL

A Carta Política como carta dirigente é fenômeno recente. A Constituição brasileira, com a característica de assumir a "ordem pública" e o "desenvolvimento" como princípios fundamentais, formalizou no texto três exigências precisas, sintetizados na fórmula do "dirigismo" constitucional<sup>161</sup>: i) interpretar a Constituição em função da profunda transformação política, social, econômica; ii) descrever a estrutura normativa como conjunto vinculante para o poder político (legislativo e executivo); iii) elevar a valor dogmático o princípio da força normativa da Constituição, colocando à prova a conhecida doutrina da liberdade finalística e absoluta da função legislativa, através de uma "teoria" da Constituição dirigente.<sup>162</sup> Assim, as constituições são, em boa medida, adaptáveis.<sup>163</sup>

Do ponto de vista da dogmática constitucional, este esforço permitiu à doutrina constitucional brasileira apropriar-se da refinadíssima bagagem teórica europeia, emancipando-se definitivamente da “imitação” constitucional de cunho estadunidense. Ao mesmo tempo, como já havia acontecido na Europa e mesmo na Itália,<sup>164</sup> o mesmo esforço produziu a sobreposição entre a afirmação do conteúdo axiológico da Constituição e da busca ideológica da sua legitimação em termos de fundamento para uma revolução destinada a realização de um projeto mais ambicioso de modernidade política, talvez para passar a outro tipo de sociedade programaticamente antecipada pela e na mensagem normativa-constitucional. De resto é tal axiologia/ideologia emancipatória que imprime na Constituição brasileira de 1988 uma indubitável *estatalidade*, confiando nas políticas públicas como produção e redistribuição de necessidades entre normativismo constitucional e keynesianismo econômico.<sup>165</sup>

<sup>160</sup> FRANKENBERG, Gunter. **Autorität und Integration**. Zur Grammatik von Recht und Verfassung. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2003, p. 151ss.

<sup>161</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brançosos**” e **interconstitucionalidade**. Itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

<sup>162</sup> CARDUCCI, Michele (Org.). **Una costituzione da reinventare**. Temi brasiliani di critica costituzionale. Lecce-Cavallino: Pensa, 2005.

<sup>163</sup> FERRARI, op. cit., p. 168.

<sup>164</sup> Cita-se a tese de LAVAGNA, Carlo. **Costituzione e socialismo**. Bologna: il Mulino, 1977. (N. do A.)

<sup>165</sup> SERAINE, A. B. M. S.; SANTOS JÚNIOR, R. B.; MIYAMOTO, S. (Orgs.). **Estado, Desenvolvimento e Políticas Públicas**. Teresina: Edufpi, 2008.

Para tal ângulo de visão, o texto do Brasil torna-se o exemplo mais significativo de uma real e exata "Constituição de políticas públicas", fundada sobre três princípios: liberdade política, justiça social, eficiência econômica.<sup>166</sup>

Todavia, esta constituição do “desenvolvimento” pode ser lida pelo menos de duas maneiras diferentes. Segundo a lição de Häberle, para quem o Estado constitucional é uma aquisição cultural para contextualizar historicamente<sup>167</sup>, não seria um caso de que os textos constitucionais periféricos seriam diferentes dos textos europeus, com a inclusão de novas temáticas, novos direitos, novos deveres estatais como a incorporação da superação do desenvolvimento (“cláusula de desenvolvimento” Entwicklungs-Klauseln). Tal escrita demonstraria uma vontade constitucional nova e diversa no tocante à experiência constitucional europeia.

Para outro ponto de vista, historicamente contextualizado nos acontecimentos do longo período da conformação dos Estados da América latina, formalizações deste gênero pouco ou nada acrescentariam à realidade político-institucional, na medida em que sofrem e exprimem ao mesmo tempo uma visão e ilusão centralista da relação entre política e economia.

Em particular, Mascareño observa que, a partir da origem da República, foi a política que prescindiu da legitimidade jurídica, este foi o sistema funcional que definiu a linha para o desenvolvimento de outra esfera da sociedade latino americana.<sup>168</sup> Nesta seara, em outros termos, não seria jamais realizada a originária separação entre *Konstitutionelle Verfassung* e política como nem mesmo o constitucionalismo “transacional” estadunidense. Um claro exemplo de tal percurso seria ofertado pela história dos “Estados de exceção e suspensões constitucionais” como forma estável e indiferenciada entre política e direito, não por acaso

---

<sup>166</sup> FIORI, José Luis. **Estados e moedas no desenvolvimento das nações**. Petrópolis: Vozes, 1999; FARIAS, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993; BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, e ainda deste autor: BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 291-302; ABRANTKOSKI RISTER, Carla. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002; HEIDEMANN, F. G.; SALM, J. F. **Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise**. Brasília: Ed. UnB, 2009; LÍRIO DO VALLE, V. R. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. (N. do A.)

<sup>167</sup> HABERLE, Peter. **Die Entwicklungsländer im Prozess der Textaufendifferenzierung des Verfassungsstaates**. In *Verfassung und Rechte in Übersee; Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, 23. Jahrgang, 3, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990, p. 256ss. (N. do A.)

<sup>168</sup> MASCAREÑO, Aldo. Teoría de sistemas de América Latina. Conceptos fundamentales para la descripción de una diferenciación funcional concéntrica. **Revista Persona y Sociedad**, Santiago de Chile, v. XVI, n. 2, p. 9-26, ago. 2001.

endossado pelos Estados Unidos com o escopo de preservar certos interesses econômicos e não certa esfera de autonomia econômica política dos Estados membros.

Deste modo, o desenvolvimento foi transformado em uma evolução controlada hierarquicamente por um sistema funcional situado no ápice da sociedade: o sistema político. Esta aproximação tende a transformar-se em processo desagregativo, que, se alimentado por relações clientelista, presença de líder carismáticos etc. (como se verifica ainda em diversas partes da América Latina), torna-se obstáculo ao desenvolvimento e a operabilidade de todo o sistema político democrático.

Em tal perspectiva, deve ser recordada a leitura de Eros Grau sobre o escopo da norma programática da Constituição brasileira.<sup>169</sup> Segundo este autor, fórmula programática de desenvolvimento, na medida em que definem direitos garantidos na mesma Constituição e que necessitam da intervenção não só de conteúdo legislativo, mas também executivo e administrativo, transformando-se em mito.<sup>170</sup>

### 3.3 INTERESSE PÚBLICO E ENERGIA: SUBSÍDIOS, O ANTIVALOR

Walter Tolentino Alvares, em sua obra fundamental<sup>171</sup>, ensina que o “Direito da Energia é o ramo da ciência jurídica que estuda as relações jurídicas pertinentes à disciplina de utilização de resultantes tecnológicas da energia, com repercussão econômica.” Portanto, quatro são os parâmetros para se entender este ramo jurídico: i) a energia como objeto comercializável; ii) como produto de resultantes tecnológicas; iii) a respectiva repercussão econômica deste “produto” e, finalmente, vi) a utilização social desta energia. O autor ensina que as várias formas de manifestação da energia “podem ser orientadas por tecnologias específicas, as quais também, se isoladas, prescindem do direito para sua manifestação”. Assim, cabe observar que a energia após sua “captura” tecnológica, ou seja, após sua possibilidade de utilização social, com repercussão econômica, será então ordenada pelo Direito da Energia, disciplinando-a da melhor forma para sua circulação como “produto tecnológico” .

O Prof. Francisco de Oliveira, sociólogo brasileiro, buscou na física seu conceito de antivalor: o fundo público, também conhecido como o “subsídio”. Este conceito foi

<sup>169</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 24ss.

<sup>170</sup> Diferente é a literatura de: NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Accademica, 1994, p. 102, para o qual semelhante norma programática podem ser de eficácia limitada, mas servem para orientar finalisticamente aos órgãos estatais. (N. do A.)

<sup>171</sup> ALVARES, Walter Tolentino. **Curso de Direito da Energia**. São Paulo: Forum. 1976.

construído a partir da total perda, pelo capitalismo, da capacidade de se “autorregular”. Em substituição a esta faculdade, o Estado criou diversos órgãos de controle e comando fora da alçada direta do capital, mas com fragilidade que podem ser danosas aos demais envolvidos. Não bastasse essa premissa, de falha em sua “autorregulação, o sistema agora tenta se apropriar dos órgãos de regulação. Há, portanto, uma pretensão de “sintetizar o complexo” que tomou o lugar da autorregulação”. Este complexo foi definido como a “intervenção” estatal na visão dos liberais e seus novos professores, os neoliberais.

Para Francisco de Oliveira, as esquerdas tentaram teorizar em mais alto nível, sem êxito entretanto, alertando que o termo “intervenção estatal” funcionária como uma panaceia, reduzindo e empobrecendo, denunciando ainda a matriz ideológica, por postular um “estatuto” de exterioridade ao Estado da economia regulada, mas que não reconhece a separação entre Estado e sociedade, ideais de metodologia e “ideologicamente salutar”.<sup>172</sup>

A crítica neoliberal transformou o Estado em um agente econômico com a mesma racionalidade dos privados, porém com uma diferença qualitativa: “a intervenção”. A intervenção feita por um “igual” de nada serviria”, pois não escaparia da lógica ou dos “ciclos dos negócios”. É certo que há empresas maiores que muitos Estados, porém mesmo Estados enfraquecidos permanecem com esta qualificação diferenciada, sendo a intervenção “eficaz”, restando clara essa separação e tornando “imune” aos azares dos negócios privados. Aqui a racionalidade é de outro nível, formada por outros elementos e sujeitas a outras determinações e contradições. Este aspecto de amortecimento contra as vicissitudes econômicas tornou as teorias keinesianas revolucionárias.

É de fato uma “intervenção”, visto que não é tópica” nem casual. Extrapola os espaços privados, ou seja, da insuficiência da esfera privada e se transfere a novas relações sociais que, por isso, transforma-se em esfera pública. O processo então assegura os interesses privados de acumulação, mas só o faz se esses foram transformados em interesses gerais, públicos. Assim, não existem interesses estatais na intervenção, senão apenas que estes são a manifestação do privado tornados públicos.

A crítica de esquerda ortodoxa cometeu equívocos idênticos aos da crítica liberal e trouxe pouca auxílio à interpretação desta “nova relação” entre Estado e capitalismo. A mais articulada foi a proposta do “capitalismo monopolista” de Estado, que representa sem dúvida um avanço sobre a teoria do imperialismo de Lênin. Em apertada síntese esta atribuía ao Estado a fusão com o capitalismo, tornando-se o capitalismo monopolista, no mesmo sentidos

---

<sup>172</sup> OLIVEIRA, Francisco. O surgimento do antivalor. **CEBRAP**, São Paulo: Novos Estudos, n. 22, p. 8-28, 1988.

dos capitais privados, anulando a separação entre Estado e sociedade. Foi substituída a “intervenção”, de liberal, pela unicidade monolítica entre Estados e capitais, ou seja, a subordinação do Estado, ou em tese, sua desnecessidade de um Estado que se fazia ausente por comportar-se exatamente igual aos capitais privados.

A contradição trazida por esta nova relação entre capital e Estado ajuda a enfrentar o conceito de “fundo público”, que não é a expressão dos recursos estatais colocados a serviço da acumulação, mas um “mix” que se forma dialeticamente (pelas vicissitudes negociais) e representa na mesma unidade, ou seja é composto, está em seu movimento, a razão do Estado (=pública) com a razão privada. Assim, o fundo público explica a conceituação, a formações de uma nova sustentação da produção e reprodução do valor, introduzindo, mixando, sob um mesmo véu (o fundo público) formado por valor e “antivalor”. Este último não se valoriza, pois não é capital, mas ao juntar-se ao capital, sustenta o processo de valorização do próprio valor. E, só o faz, com a condição que ele mesmo não seja capital, escapando sutilmente às determinações da forma mercadoria e “às insuficiências do lucro enquanto sustentação da reprodução ampliada”.

Confessa Francisco de Oliveira que a metáfora vem da física: o antivalor é uma partícula de carga oposta ao valor: se colide com a outra partícula de valor, produz o átomo, ou seja, o novo excedente social.

Este processo de produção trás, em seu bojo, a luta de classes, mas é também o seu deslocamento da esfera das relações privadas para a esfera pública.

Por outro lado há um real descompasso entre o discurso liberalizante e a prática empresarial no ramo energético, como se verá a seguir.

### 3.4 SEGURANÇA JURÍDICA E SUSTENTABILIDADE DO ESTADO: O PARADIGMA RENOVADO

“Urge re-formar o Estado.”

Com o apelo acima, Papisca<sup>173</sup> em 1992 iniciava o debate no continente europeu para os problemas da “sustentabilidade estatal”, como um novo princípio frente à unificação. Com sentido diverso do de hoje, as nações de então deveriam se remodelar, ou até mesmo se refundar, para fazer frente às demandas da cidadania supranacional, pertencentes não mais aos que ele denominou “Estados confinários”. A profusão textual de atos, contratos, normas

---

<sup>173</sup> PAPISCA, Antonio. Dallo stato confinário allo stato sostenibile. **Rivista “Pace, diritti dell'uomo» diritti dei popoli”**, ano VI, n. 3, 1994.

internas e internacionais, acentuam de maneira explícita a denunciada inflação legislativa,<sup>174</sup> inflação que se espalhou a todas as áreas da atividade estatal. Com isto é impossível não se sobrepor normas à contratos, contratos sobre atos, assim o conflito normativo é característica primeira da atividade estatal.

Agregue-se a isto a necessidade de resolver as urgentes demandas por menores preços nos serviços públicos, reclamado pela população de forma contundente em 2013, a melhoria destes serviços, o conciliar a participação privada em atividades públicas e, em especial, no setor de energia elétrica, como cumprir os princípios que inauguraram uma nova fase deste setor econômico (segurança no suprimento, garantia de bons serviços e preços módicos). Há mais: a estes três une-se outro de enorme reverberação atual: o princípio da sustentabilidade e seu desdobramento governamental do desenvolvimento sustentável. Portanto, no Setor Elétrico Brasileiro – SEB estão sempre presentes as perguntas: que Estado se quer? Que Estado se pode ter? Que Estado absolutamente não se quer? Estas demandas são a base do atual processo que se concretiza por meio das ações estatais em infra-estrutura e, em especial no Setor Elétrico Brasileiro - SEB.

Neste, após uma liberação quase geral para negociações elétricas, a partir de 1995, com a Medida Provisória 1.017/95, convertida na lei 9.074/95, na qual foi trazida a figura do Produtor Independente de Energia – PIE, impensável até então, devido a forte presença do Estado neste setor, houve aperfeiçoamento legislativo, devido às falhas sistêmicas verificadas em 2000, culminando com um “apagão” nacional. Assim, em 2004, com a conversão da Medida Provisória 144 em Lei 10.848/04, o Estado brasileiro retoma para si, o que antes estava a cargo apenas da ANEEL, o poder de conceder. Após esta lei, a Agência Reguladora ANEEL participa do processo concessório, organiza-o e encaminha ao Ministério das Minas e Energia – MME, portanto há uma maior complexidade do ato de conceder, mas com forte centralização pela Administração Direta, centralizada no MME. O “planejar” também foi dramaticamente alterado neste novo contexto legal. Por força da lei 10.847, conversão da MP 145, foi criada a Empresa de Pesquisa Energética – EPE, empresa pública vinculada ao MME especializada em planejamento energético.<sup>175</sup>

Resta evidente a opção oposta pela “montagem” de uma estrutura estatal, em oposição ao governo anterior que preferiu relegar ao mercado a planificação elétrica, ou seja, o desmonte do Estado com a necessária assunção destes temas por um suposto mercado.

---

<sup>174</sup> CLÉVE, Clemerson Merlin. **A atividade legislativa do poder Executivo.**

<sup>175</sup> O modelo de planejamento coordenado por empresa vinculada ao Ministério Concedente está se expandindo. Basta ver, além da EPE, empresa pública vinculada ao MME, a EPL S/A, antiga ETAV S/A, modificada pela MP 576, convertida na lei 10.743/12.

Segundo o Prof. Chico de Oliveira, a alocação eficiente de recursos pelo capital só é possível nos países desenvolvidos, que não é o caso do dependente (ou periférico) Brasil. Por óbvio o festejado cientista social brasileiro disse isto antes da quebraadeira geral do sistema financeiro mundial de 2008, pela crise do “*subprime*”. Chico de Oliveira sempre salientou que, fulcrado em Marx, em qualquer instância o Estado serviria apenas e tão somente para garantir a apropriação da “mais valia” pelo privado.<sup>176</sup>

Com a emissão da Medida Provisória 579, intervindo nas concessões elétrica vincendas a partir de 2015, seria esta nova guinada mais do mesmo? Ou seja, a única forma de se garantir preços módicos na ponta hipossuficiente (ou eleitora?) seria a intervenção estatal via medida legislativa extrema?<sup>177</sup> O ente regulador não poderia ter se fortificado a ponto de reduzir tarifas e garantir a “transição” tranquila para as antigas e novas concessionárias?

O monopólio da estatalidade do conceito clássico que se cria sobre o Estado como um ente monolítico e, portanto, unitário, ou único, correspondente a uma nação, ou uma coesão cultural, com vontade própria e independente, ou autônoma, com o monopólio da força interna e externamente, e com fronteiras bem definidas, ou seja, o que Papisca denominou referindo-se à União Européia, Estado-nação-soberano-armado-fronteiriço<sup>178</sup> quebrou-se sob o impacto de dois processos: 1º) os processos de mudanças estruturais em escala mundial como a complexa interdependência mundial, a transnacionalização de relações e estruturas, a organização permanente das relações internacionais nos sistemas de governo ou privados, a mundialização da economia, a internacionalização dos direitos humanos e seus institutos de garantias; 2º) a voluntária delegação de assuntos internos às instituições, estruturas e organizações supranacionais, de alguns importantes atributos da estatalidade fronteiriça, em particular, do *ius ad bellum* e *ad pacem* (direito de guerra e paz) e do poder-dever de criar e controlar a moeda.

Estes processos provocaram a compenetração interna-externa e assim a mutação genética da política e mesmo do direito.<sup>179</sup> Em particular, as implicações operativas do reconhecimento da personalidade jurídica internacional da pessoa humana subverteram a velha ordem mundial estatocêntrica e obrigaram a realizar uma nova divisão internacional do

---

<sup>176</sup> OLIVEIRA, op. cit.

<sup>177</sup> Apenas para ilustrar, a infra-estrutura brasileira (e mundial) está umbilicalmente vinculada aos financiamentos estatais. Portanto, o mercado seria algo residual? Para um empresariado que clama tanto pelo fortalecimento do mercado, mas que ao mesmo tempo não tome nenhuma iniciativa se não for financiado pelo BNDES, pergunta-se se há realmente retrocesso em se legislar algo que seria da competência do próprio empresariado, ou seja, reduzir o custo da energia elétrica.

<sup>178</sup> PAPISCA, op. cit.

<sup>179</sup> BONANATE L. la mutazione postmoderna della politica Internazionale. **Relazioni internazionali**, Relazioni internazionali", ano LIII, n. 8, 1989.

trabalho político dos microambientes locais, deslocando importantes decisões aos macro ambientes planetários, se se comparar, por exemplo, os direitos humanos ou as necessidades essenciais de pessoas e comunidades humanas.<sup>180</sup>

Estas necessidades, que variam em tipos e intensidade, ganham notoriedade em minutos e, dependendo de sua “agressividade” ao ideário global, desencadeiam reações, que podem ir desde a ajuda humanitária até o uso da força armada internacional. Portanto, a via da estatalidade sustentável está aberta, confundindo-se a constituição da estrutura de autoridade, capaz e democraticamente qualificada, com uma contínua escala de governabilidade (ou governança) baseada no governo local, mas com referência no “governo” supranacional (regional e mundial). A esta escala deve convergir o velho Estado, transformando-o em uma nova forma de estrutura de autoridade com funções prevalentemente de união e mediação entre as duas políticas. Um intermediário qualificado e com legitimidade, principalmente local. Portanto, o problema da reforma do Estado, que se propõe chamar-se de o problema da “sustentabilidade estatal” ou “sustentabilidade do Estado”, ou talvez, mais corretamente, da “estatalidade sustentável” se põe e deve ser enfrentado no quadro histórico da interdependência mundial.

Assim, as estruturas como a europeia e a da Organização das Nações Unidas – ONU, bem como outras como no caso brasileiro e/ou sul-americano, o próprio MERCOSUL, também estas devem se adaptar às exigências da estatalidade sustentável e se reformar no sentido da democratização como via de potencialização da sua função. As primeiras pela supranacionalidade mais que pela sua qualificação axiológica, oferecem a ocasião, tanto juridicamente obrigada, quanto politicamente conveniente, para perseguir com eficácia o objetivo da reforma-sustentabilidade do Estado. A última, como um embrião de unificação regional tão sonhado, quanto distante.

O aparato conceitual disto que se propõe chamar estatalidade sustentável é, no seu núcleo essencial, emprEstado da filosofia do desenvolvimento sustentável, elaborada a partir dos anos 60 do último século. A sustentabilidade é a nova cultura política, que responde à necessidade de gerir a interdependência planetária na óptica homocêntrica de transparência, partindo de um núcleo de valores compartilhados universalmente. O papel desta cultura que especificamente se relaciona com a estadualidade sustentável se propõe individuar os parâmetros e os conteúdos de uma nova divisão internacional do trabalho político interno de um sistema de múltiplos níveis de governabilidade: locais, nacionais, regionais, continentais,

---

<sup>180</sup> PAPAISCA, op. cit.



mundiais. O princípio regulador da divisão do trabalho político entre os vários níveis é o princípio da subsidiariedade, revisitado e potenciado em virtude do fato de assumir como paradigma de referência os direitos humanos internacionalmente reconhecidos na era da interdependência mundial.

Internamente a esta concessão, os caracteres ou as dimensões da pluriformidade e da instrumentalidade concorrem para definir a essência da estadualidade. Esta é difusa por um longo percurso multinivelado e é predeterminada no *se facere*. Qualquer instituição que se coloque sobre a escala da estadualidade sustentável não pode ser definida como ente a *fin indeterminado* pelo fato de ser um ente *político*. A estadualidade vem assim a assumir uma nova, e real valência ética: não mais em razão da trans-sustentação hiper-humana de pessoa jurídica *superiorem non recognoscentes*, mas pelo fato essencial que ordenamento e aparato jurídico são destinados a satisfazer os direitos-necessidades fundamentais da pessoa humana e da sua comunidade. A estatalidade, ou a forma do poder de *coercere*, se responsabiliza mais de deveres que de poderes de império. De seu lado o direito internacional dos direitos humanos impõem aos Estados obrigações precisas, cujo cumprimento são obrigações das instituições da comunidade internacional, ou do próprio cidadão. Para resolver esta nova problemática trazida pelo princípio da sustentabilidade na União Européia, Papisca sugeria:

a) o Estado de Direito como indispensável, irrenunciável, porém insuficientes frente às novas funções estatais;

b) o Estado Social, como a satisfação das necessidades vitais-direitos fundamentais econômico e sociais das pessoas daquela comunidade, porém em um quadro de uma ordem de segurança econômica e social-global;

c) o Estado de autonomia funcional, ou seja, as formas públicas (mas não estatais) de organização da sociedade e também do pluralismo político. A estrutura desta independência civil não depende do “reconhecimento legal” mas da existência de três requisitos: livre iniciativa, estrutura democrática de organização, adesão ao “código” de direitos humanos.

d) o Estado de autonomia territorial difusa, ou a autonomia local e regional garantida pelo princípio da subsidiariedade;

e) o Estado do pluralismo de empresa, ou seja, o fator econômico cada vez mais condiciona a política, as capacidades dos governos e as funções do Estado. Direitos humanos, Estado social, autonomia dos entes locais correm sempre o risco de serem neutralizados pelos processos decisórios opacos e/ou ocultos que afetam a mundialização econômica;

f) Estado de cidadania mundial, reconhecendo-se a todas as pessoas, em virtude deste novo código de direito internacional, titulares de mesmo direitos humanos fundamentais: civil, político, econômico, social e cultural;

g) Estado de segurança global, no qual, juntamente com o repúdio à guerra e ao terrorismo, é importante o empenho institucional para o funcionamento de um sistema supranacional de segurança coletivas, são elementos de um Estado sustentável;

h) Estado de defesa e de valorização do ambiente e natureza e dos bens culturais, ou a atividade de baixo impacto ambiental, valorizando-se o restauro, a conservação e a fruição saudável do meio ambiente e a preservação dos valores culturais.<sup>181</sup>

No processo de massa em andamento de uma nova divisão do trabalho político no planeta, o papel do velho Estado exclusivista permanece todavia fundamental. Aqueles instrumentos de coerção material que ele não está mais em condições de usar com eficácia para defender os cidadãos da variável internacional, mas seria mais apropriado falar de estrutura internacional, tornando a ser útil, senão indispensável, se dirigido, e portanto reconvertido a novas competências de estadualidade sustentável.<sup>182</sup>

Portanto, urge reformular como o Estado se relaciona com parceiros privados, empresários que acorreram aos clamores estatais para a produção de serviços destinados às populações locais, sem, no entanto, abrir mão de prerrogativas que somente o ente estatal pode se utilizar.

Os contratos de concessão do Setor Elétrico Brasileiro – SEB não se prestam a parametrizar, não são modelos de uniformidade. Mesmo após a Constituição de 1988, e a promulgação das tardias leis das Concessões,<sup>183</sup> estes acordos passaram por profundas alterações no curto, médio e longo prazos. Cada cláusula é diferenciada e ordenada a cumprir os acordos possíveis para aquele momento específico. Assim, a ELETROBRÁS foi criada na fase de expansão do Estado brasileiro. Suas concessões não eram reguladas por contrato ou lei, eram simplesmente encargos do objeto social da empresa criada para esta finalidade. Definiam-se em “cláusulas concessórias” incluídas no objeto social da empresa, ou por delegação do poder público à época. Aqui o particular participava como sócio minoritário do

---

<sup>181</sup> PAPISCA, op. cit.

<sup>182</sup> Ibid.

<sup>183</sup> BRASIL. **Lei n. 8.984**, de 7 de fevereiro de 1995a. Estende a competência da Justiça do Trabalho (art. 114 da Constituição Federal). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8984.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8984.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014. e BRASIL. **Lei n. 9.074**, de 7 de julho de 1995b. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

empreendimento total, acionista minoritário, que muitas vezes, era obrigado a comprar os “bônus” da Eletrobrás, por compulsórios para desfrutar do montante energético desejado.

Estas formas de implantação dos empreendimentos elétricos sempre tiveram o destinatário final como o grande financiador. Assim, nas décadas de 50, 60 e 70 do século passado, quando a Eletrobrás necessitava de financiamento para a expansão setorial, criava-se um encargo na conta de luz do consumidor final e estas despesas eram toda pulverizadas entre estes. Desta forma foi criado um subsistema legal, partido da lógica interna deste setor econômico, que transformou o setor em uma verdadeira “colcha de retalho” jurídico, tornando-o complexo e de difícil exegese. Portanto, importante resgatar, mesmo que brevemente, o conceito de complexidade,<sup>184</sup> que exige a interdisciplinaridade para sua compreensão, ou seja para se ter a visão total, ou geral, do Setor Elétrico Brasileiro, há necessidade de se agregar as visões de política energética, técnica elétrica, técnica jurídica direito e mesmo de democracia. Nesta senda, conforme foram avançando os contratos concessórios setoriais, foram ganhando corpo as demandas e as exigências constitucionais de licitar e contratar com o particular para a prestação de serviços públicos de energia.

O Brasil pós-constituente conheceu rápida mudança do paradigma social que embalou a Assembleia Nacional Constituinte. Logo após sua promulgação, a constituição, guardado o tempo regulamentar, foi desfigurada pelo constituinte revisor. Na questão econômica, as forças pela melhora dos serviços públicos e sua universalização fizeram o Governo Federal iniciar uma retirada do Estado dos empreendimentos econômicos, realizando uma “lista” de empresas a serem entregues à iniciativa privada para fazer frente às novas exigências econômicas e sociais. Seguindo princípios de um pseudo novo liberalismo, o governo publicou o Plano nacional de Desestatização, lei 8.031/92 com os seguintes objetivos fundamentais:

- I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;
- II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;
- III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;
- IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;

---

<sup>184</sup> MORIN, Edgar. **A cabeça bem feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

V - permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.<sup>185</sup>

O denominado neoliberalismo de então apregoava a volta à modernidade: ESTADO x INDIVÍDUO, sem coletividade, sem direitos coletivos, destituindo o espaço público de importância econômica, sem desperdícios com uma máquina estatal ampliada, e porque não dizer inchada, para fazer frente às ilimitadas necessidades do ser humano. Tudo deveria voltar ao “reino do privado”,<sup>186</sup> do contrato mercantil. Os Estados periféricos sempre reproduziram, mal ou bem, tal simulacro seja o do Estado do Bem-Estar, seja o do contrato mercantil.<sup>187</sup> Portanto, apregoou-se o mercado como a única forma reguladora, senão “autorreguladora tanto na alocação dos recursos econômicos como das relações sociais”.<sup>188</sup>

Hoje, o particular – ou privado - opera grandes empreendimentos energéticos antes acessíveis apenas ao Estado brasileiro, até então único empreendedor capaz de concretizar os altos investimentos exigido do poder público. Nos dias atuais, também se organizaram agentes econômicos setoriais, que criaram associações de classe por segmento e passaram a pressionar o governo e Congresso Nacional no sentido de aumentar sua participação na exploração destes negócios e, em consequência, a exigir leis e forte regulamento que lhes garantam a apropriação da “mais valia” de forma clara e transparente.

A atual polêmica que agita o mercado elétrico brasileiro, e que está longe de acabar, teve seu ápice no dia 11 de setembro de 2012, com a entrada em vigência da Medida Provisória 579: agentes, associações e parlamentares vinham trabalhando em uma proposta conjunta de renovação destas concessões que, em casos similares anteriores, foram prorrogadas pelo governo através da expedição de lei.<sup>189</sup> Destas, algumas se extinguiriam entre 2015 e 2017. Importante volume dos contratos de Geração (G) e Transmissão (T) encontravam-se em processo formal de renovação na Agência Nacional de Energia - ANEEL. Sem conhecimento prévio dos agentes privados do setor Elétrico, ou sem advertência ao

<sup>185</sup> BRASIL. **Lei n. 8.031**, de 12 de abril de 1990. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8031.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

<sup>186</sup> OLIVEIRA, Chico. Privatização do público, destituição da fala e anulação da política: o totalitarismo neoliberal". In: OLIVEIRA, M. C. P. (Orgs.). **Os sentidos da democracia**: políticas do dissenso e hegemonia global. Petrópolis/São Paulo: Vozes/Fapesp/Nedic, 2012.

<sup>187</sup> Ibid.

<sup>188</sup> Ibid.

<sup>189</sup> Lei 9.074/95, de 7 de julho de 1995, conversão da MP 1.017/95 – Lei de Outorgas e Prorrogação das Concessões e Permissões de Serviço Público. BRASIL, 1995b, op. cit.

mercado, que conta, desde 1995 com agentes privados, nacionais e internacionais, o Executivo Federal baixou a Medida Provisória da Renovação MP 579.<sup>190</sup> Segundo alguns representantes do Setor isto “surpreendeu” este mercado, inclusive parceiros do Governo, segundo alegam os representantes privados trazendo grande “insegurança jurídica”, instabilidade regulatória, quebrando a expectativa de prorrogação por lei e desfazendo um suposto diálogo que já se travava por anos.

Dentre as várias modificações levadas a cabo pela MP 579, houve a previsão de antecipação do vencimento de algumas concessões que findariam em 2015 e 2017. Estas seriam indenizadas pelo tempo restante, mas seriam obrigadas a baixarem seus preços finais para a assinatura do novo contrato concessório. Se aceitassem esses parâmetros, teriam seus novos contratos, se não aceitassem, esses contratos caminhariam para a licitação prevista a partir de 2015. As reações foram imediatas: representantes do setor privado desaprovaram imediatamente a MP e formaram uma frente para impedir que a nova lei fosse aplicada.<sup>191</sup> Também dentre as principais modificações trazidas pela medida provisória, houve a “captura” ou a “apropriação” da energia excedente de alguns geradores, que antes negociavam esta energia livremente, porém agora devem destiná-las ao serviço público. Com isso o governo desejou baixar o preço final desta “comodite” ao consumidor industrial, comercial e residencial.

Nos debates ficou muito clara a postura anti-governo de associações como a Associação Brasileira de Concessionárias de Energia – ABCE que acusou o governo de autoritário e que a Medida Provisória nº 579 não continha nenhum dos requisitos de relevância e urgência exigidos para sua promulgação. Portanto, resta a demanda: há vício de origem nos temas trazidos pela MP 579? Estes temas podem ser trazidos por esse tipo legal? A ANEEL não poderia, por regulamento, resolver boa parte deste problema concessório? Qual seu papel antes e depois destas medidas legais? Houve falha regulatória? A ANEEL sofre o fenômeno da captura pelo Poder Concedente? Ou seja as leis sobre concessões elétricas no Brasil, por serem assuntos de grande relevância pública, não deveriam ser precedidas de grandes debates públicos na sociedade, governo e Congresso Nacional? Há no Setor Elétrico Brasileiro um padrão concessório?

Ao que tudo indica vários setores sociais, e suas respectivas associações, vinham mantendo um debate com o Governo Federal, na esperança (e expectativa) de se renovar estas

---

<sup>190</sup> Convertida em Lei federal 12.851.

<sup>191</sup> As empresas estatais CEMIG, COPEL e CESP, pertencentes aos respectivos Estados, recusaram-se a renovar suas concessões.

concessões. Esta era a visão prévia que se tinha, porém se não fosse assim, estas associações esperavam que o Governo sinalizasse com a licitação e seu respectivo regulamento via ANEEL. Portanto, do ponto de vista jurídico, no qual o poder concessionário detém vários poderes exorbitantes, inclusive para alterar unilateralmente os contratos,<sup>192</sup> o governo baixou uma nova legislação por medida extrema, numa tentativa de redução dos valores nas contas de luz. Logo houve as acusações de proveito político do Executivo Federal, de um populismo elétrico, devido ao encaminhamento da medida se dar antes do ano eleitoral (2014), ou seja, segundo alegam, isto pode caracterizar uma intervenção eleitoreira no domínio econômico. Não se pode negar que, após os excepcionais índices de popularidade da Presidenta Dilma, chegando aos 80% de aceitação popular, estes sofreram uma pronunciada queda. Inegável que o governo vinha mantendo um diálogo, ou ao menos havia o recebimento de documentos, confeccionados por associações setoriais que tratavam destes temas.<sup>193</sup>

Após a definição de valores indenizatórios e, para que as “novas” concessões fossem assinadas, os agentes de Geração e Transmissão tomaram as seguintes medidas: CESP, CEMIG e COPEL<sup>194</sup> não assinaram novos contratos e vão a leilão a partir de 2015. As demais empresas geradoras privadas (privatizadas) e públicas, incluindo as subsidiárias da ELETROBRÁS, assinaram os novos contratos. Isso garantiu uma redução de 16% na ponta final do consumo residencial e de até 32% no consumo industrial e comercial. Infelizmente, por um peculiar regime jurídico que, em sua complexidade, não tolera “pequenos” ajustes, pois todos os temas estão umbilicalmente conectados, esta redução ainda merece tratamento adequado para se consolidar.

Sob este prisma, o Setor Elétrico Brasileiro – SEB é um Setor econômico de infraestrutura repleto de “novidades” jurídicas. Mesmo para temas antigos e conhecidos, mas jamais consolidados, o Setor tem alta complexidade, que se exprime brevemente em três subáreas:

a) um subsistema físico próprio da engenharia elétrica, regido por seus próprios atos, normas e processos que o auto-organizam e referenciam, e o integram como um sistema fechado;

b) um subsistema econômico, distinto do subsistema jurídico, que analisa o fenômeno elétrico a partir de seus aspectos econômicos, com seus próprios atos, normas e processos.

---

<sup>192</sup> FREITAS, Lourenço B. Manuel Vilhena. **O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração**. E as garantias contenciosas do seu co-contratante perante este exercício. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa – AAFDL, 2007.

<sup>193</sup> Vide ACENDE-BRASIL: [www.acendebrasil.com.br/](http://www.acendebrasil.com.br/), acesso 23/01/14.

<sup>194</sup> Juntas representam 40% dos contratos de geração no Brasil. Fonte: ANEEL.

Neste caso estão incluídos, por exemplo, a desverticalização dos agentes prEstadores do serviço de energia, como Geração (G), Transmissão (T) e Distribuição (D), também se analisam neste subsistema a possibilidade de agregação de novos agentes ou novas tecnologias. A teoria dos custos e dos benefícios para a redução de investimentos com a mesma oferta energética;

c) um subsistema jurídico, que desenvolveu seu próprio código binário – justo/injusto – e constrói sua realidade jurídica. Este sistema, por óbvio, está sujeito a influência de novidades extrajurídicas, mas que aportam ou trazem estas “novidades” e intervenções espalhando-se aos demais subsistemas acima descritos.<sup>195</sup>

Aqui há necessidade de conciliar as aparentes contradições entre a construção interna, baseada em sua própria realidade jurídica e as extrajuridicidades. Confrontam-se, portanto, os dois mundos kantianos que animaram juspositivistas e jusnaturalistas, pois estão sob um mesmo “negócio” os inconfundíveis mundos do “ser” e do “dever-ser”.

Mas do que os concessionários reclamam? Há insegurança jurídica trazida pela MP que remexe aspectos importantes da vida econômica? Com a novel legislação trazida pela MP para dentro do SEB, caracteriza-se um estranho de fora, ou um conhecido “grandalhão” atrapalhado que vem retirar a auto-regulação setorial e impor sua vontade, vontade esta vinculada a outras agendas (políticas e sociais) que não as setoriais? Isto reduz a eficiência do SEB? Talvez uma agenda política, tal como a da redução do valor das contas com energia elétrica aos consumidores finais, possa ser bem aceita pelo consumidor, porém encontra pouca aceitação no agente econômico concessionário, devido aos compromissos deste com suas matrizes empresariais e planos de negócios traçados, muitas vezes, em outros países. Justamente estes investidores internacionais é que se perguntam, segundo informações de seus representantes internos: não há aqui “segurança jurídica”? Os contratos não foram assinados? Não se vinha dialogando com o governo para viabilizar uma saída? Então porque a media extrema? Isto não seria critério do poder concedente, que no setor elétrico depois da lei 10.848/04 é ato complexo entre Ministério das Minas e Energia e ANEEL?

Com base nesta nova legislação, a MP 579 se transformou na Lei 12.783/12, e com o regime de chuvas, que é importante condicionante setorial – como dito acima o Brasil depende da água para gerar energia elétrica -, o governo teve que ceder ou retroceder, despachando algumas usinas térmicas. Nessa nova determinação, qual foi o movimento dos agentes? O que melhorou ao consumidor final? O que não avançou, ou foi péssimo para o

---

<sup>195</sup> BIANCHI, Alberto B. *La regulación económica*. Buenos: Ed. Aires, Ábaco, 2001, pp. 32.

SEB e para o consumidor/cidadão? As associações setoriais sempre jogam com a “intervenção” onde o Governo não era chamado e isso prejudica os avanços conseguidos pelo Brasil perante um “mercado internacional” de investidores. Estes ainda são sempre “bajulados” pelos planos concessórios do Brasil, mas após as implementações empresariais dentro do território nacional, são, segundo acusações<sup>196</sup>, tratados como inimigos do governo, sendo surpreendidos com medidas como o caso em tela da MP 579.

É fato tratar-se de um setor econômico muito dinâmico, há demandas diversas tanto no governo, quanto no setor privado. O presente trabalho se prenderá a análise de um período concessório no Setor Elétrico e seu suposto fim trazido pelo encaminhamento da Medida Provisória 579. Este período previa a presença do empreendedor privado, dando-lhe grande autonomia para a destinação do produto de seu empreendimento. Como ficou? Quais as consequências para a sustentabilidade?

Parte-se de uma constatação: a codificação, símbolo de um modernismo trazido pelo Código Napoleônico,<sup>197</sup> só teve paralelo no Setor Elétrico Brasileiro - SEB no Código de Águas de 1934. Este veio para mudar a utilidade dos rios brasileiros: antes destinados à navegação e integração, agora serviriam para a produção elétrica. Após esta norma inaugural que trouxe uma espécie de codificação ao SEB, não há outra lei Quadro de concessões elétricas no Brasil, o que possibilitou uma enormidade de “cases” (= tipos) concessórios no Setor Elétrico - SEB. Agrave-se a criação de novas figuras dentro do subsistema jurídico no SEB: o autoprodutor,<sup>198</sup> o produtor independente de energia - PIE e, por último, mas não menos importante, aos compromissos internacionais com o Desenvolvimento Sustentável, assinados pelo Brasil, foi criada a figura do consumidor/produtor.<sup>199</sup>

Neste último é notável a destreza regulatória do Ente regulador brasileiro em traçar, via regulação a perda de direitos do pequeno produtor/consumidor dos direitos sobre sua produção, ao não “utilizá-la” em 36 meses. Neste caso a “rede básica” se presta como uma conta corrente, onde o pequeno produtor deposita suas quantias e depois pode servir-se delas, devendo fazê-lo em 36 meses, sob pena de perder esse direito. Ora, se por regulação isso foi

<sup>196</sup> BRASIL. **Decreto n. 24.643**, de 10 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D24643.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D24643.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014, recepcionado como Lei Ordinária pela CF/88.

<sup>197</sup> Ver Paolo Grossi, op. cit.

<sup>198</sup> Art. 11 da Lei 9.074/95: Considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco BRASIL, 1995b, op. cit.

<sup>199</sup> ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução Normativa n. 482**, de 17 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2012482.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2014.



possível, porque não o renovar de algumas concessões? Há fraqueza regulatória no Brasil em questões elétricas?

A lei 10.848/04 tirou da ANEEL a incumbência de conceder. Atualmente a concessão elétrica é ato complexo entre Ministério das Minas e Energia – MME e ANEEL. Porém, ela prepara todo o processo de renovação e/ou concessão. Pela Medida Provisória 579 houve desrespeito às competências da ANEEL e do MME? Quais seriam os parâmetros e limites para os concessionários, dentro da autonomia de gestão da concessão? É interessante notar que o Prof. CELSO ANTONIO, ao admitir em sua última publicação do Curso de Direito Administrativo Brasileiro a mudança de postura doutrinária que o próprio autor relata na 29ª edição<sup>200</sup>. Até a edição anterior, o festejado autor reconhece que o concessionário age em “nome do concessionário”, não em “nome próprio”, porém agora inverteu esta postura, estando o empresário privado agindo por interesse próprio, não mais em nome do Estado na exploração da concessão. Portanto, tendo-se em conta que importante parte da doutrina brasileira curva-se a entender a concessão como uma delegação ao privado a exploração de determinado bem ou o fornecimento de serviço, estes “contratos” ou atos podem ser afetados por novel legislação.

De outra parte, sabe-se que o Setor Elétrico Brasileiro influencia direta e indiretamente a sustentabilidade em seus três vieses: a econômica, a ambiental e a social. Portanto, todos os compromissos internacionais, transformados em atos legais promulgados e/ou assinados pelo Brasil deveriam refletir nesta “nova fase” do SEB, obrigando-se a contratação para renovação das concessões trazidas pela MP 579, deveriam perseguir a busca do Desenvolvimento Sustentável, visando a implementar este Estado Sustentável. Mas, verifica-se a ausência de cláusulas compromissórias neste sentido nos contratos já assinados para a renovação. Ou seja: há um princípio pairando no sistema jurídico brasileiro que não necessita obrigatoriamente estar consignado nos contratos? Como hoje o contrato trás em seu corpo definições para clarificar significantes – fenômeno que se tornou comum à legislação – os compromissos com a sustentabilidade e mesmo com o Desenvolvimento Sustentável estão subentendidos?

Também nos contratos administrativos concessórios estes novos atos legislativos supervenientes podem ser considerados “fato do príncipe” e fundamentar um realinhamento contratual e financeiro? Esta novel legislação, tido por parcela dos agentes privados do SEB como interventiva e “traíçoeira” poderia ter sido implementada por outra fonte normativa, por

---

<sup>200</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012.

exemplo por Resoluções da ANEEL? Em setores regulados quais as verdadeiras diferenças entre a lei que delega e o regulamento?

### 3.5 SEGURANÇA JURÍDICA E CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA: A LEI E A IDÉIA DE DESENVOLVIMENTO

A Constituição é sempre fonte de segurança jurídica, direcionamento político e esteio da cidadania. No Brasil, apesar da “ode” feita à Constituição, há verdadeira confusão entre “texto” e “norma”, e vigência e validade.<sup>201</sup> Agrave-se que, muitas vezes, fixado o entendimento por normas anteriores à próprias Constituição, os operadores jurídicos farão adaptações à Constituição para que prevaleça o entendimento pré-constitucional. Isto ocorre porque há um entender simplista de que a norma estaria sempre vinculada ao texto. Portanto, segue o mestre gaúcho, “muitas vezes a Constituição é interpretada de acordo com os Códigos ou com Súmulas”.<sup>202</sup> A isto denomina a “baixa constitucionalidade” da Norma Constitucional, não do Texto, mas das interpretações superiores do Sistema Constitucional brasileiro para, a partir destas interpretações, aplica-las às demais normas infraconstitucionais.

Como escreveu J.J. Canotilho,<sup>203</sup> as Constituições europeias novecentistas aspiravam, direta ou indiretamente, a encontrar o “ponto ômega” da modernidade política através da organização voluntária da sociedade. Hoje, as modernas sociedades pluralistas se estruturam em termos de complexidade, que, longe de basear-se sobre a intencionalidade construtivista da política, se enraízam principalmente na auto-organização. Esta mesma complexidade gera sistemas diferenciados e códigos funcionais diferenciados, permanecendo irrealístico procurar dirigir constitucionalmente a sociedade através de um código unitário dos vários sistemas sociais.

Nesta óptica, a Constituição brasileira aparece corajosamente projetada sobre novas reflexividade, não por traçar novos “pontos ôegas”, mas por diversificar a normatividade constitucional *em função* dos sistemas sociais de referência.

Isto explica o caráter necessariamente longo do texto e a sua complexidade semântica. Pode parecer paradoxalmente este novo experimento de escritura em um País “em via de desenvolvimento” como o Brasil, aparente reedição de uma constitucionalização “semântica” ou meramente “nominal”, já estigmatizada pela original categoria ontológica de Karl

<sup>201</sup> STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: RT, 2013.

<sup>202</sup> Ibid.

<sup>203</sup> CANOTILHO, op. cit.

Loewenstein observando-se (sobre) o “Terceiro Mundo”.<sup>204</sup> Mas não é assim. Trata-se de um relevante cenário do “Sul do Mundo”, para observar como experimento de desafio ao novo Nomos da Terra, onde, com relação aos originais fins gerais distintos dos interesses econômicos privados (para respeitar, segundo o molde da *Konstitutionelle Verfassung* schmittiana, ou modificar, segundo a visão “transformativa” do constitucionalismo europeu novecentesco), se somam problemáticas de tendências generalizantes, justificadas pela vastidão da dimensão geográfica dos espaços que imprimem novas políticas de “desenvolvimento”.

Estudar os eventos desta Constituição, portanto, quer dizer imergir nos problemas contemporâneos da constitucionalização de viés europeia, nos grandes espaços dominados pelo Nomos estadunidense: para filtrar a dimensão de eficácia e as projeções simbólicas de realizações.<sup>205</sup>

Significa re-meditar sobre “matéria constitucional”, não mais reduzido só ao “núcleo duro” da divisão dos poderes e dos direitos fundamentais, mas aberta a uma nova consideração daquela distinção entre dilema e escolha, que historicamente assinalou a constitucionalização europeia. Repensando a subdivisão proposta por Amartya Sen, os dilemas seriam relativos a escolha coletiva e seriam matéria de alçada constitucional, enquanto a escolha verdadeira e exata seria questão de discricionariedade, com só o problema da legitimidade democrática do órgão apto a cumpri-la. A distinção vem pois assim descrita por Sen: “Um dilema não é um conflito entre qualquer coisa de boa de um lado e qualquer coisa de mal, de outra parte, com o ligado com o problema de assegurar que o primeiro prevaleça sobre o segundo. Trata-se primeiramente de uma tensão entre diversas coisas boas em si, cada uma das quais merece a nossa atenção, mas que resultam estar em contraste com as outras”.<sup>206</sup>

A relação entre constitucionalismo e economia conheceu uma declinação histórica que se divide entre constitucionalismo norte-americano e constitucionalismo europeu. De fato, enquanto nos Estado Unidos, como afirmado por C. Beard,<sup>207</sup> a Constituição foi vista como o resultado de uma concessão da economia refletida sobre a liberdade de propriedade do

<sup>204</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Verfassungslehre*. Tübingen: Mohr, 2000.

<sup>205</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>206</sup> SEN, Amartya. *La libertà individuale come impegno sociale (1987)*. Trad. it. 1990, ora. Roma-Bari: Laterza, 1997, 48ss.

<sup>207</sup> BEARD, Charles Austin. *Una interpretazione economica della Costituzione (1913)*. Trad. it. Milano: Feltrinelli, 1959.

indivíduo no mercado, para garantir a limitação do poder,<sup>208</sup> na Europa, como ensina o brilhante caminho de C. Schmitt em *Nomos da Terra*,<sup>209</sup> o sulco foi marcado pela parábola do nexos entre mudanças territoriais entre Estados e mudanças constitucionais nos Estados, com o recíproco reconhecimento, desenvolvida no séc. XIX, do respeito a um “padrão constitucional intra-estatal”, referente à “área do privado não estatal, ou seja, das relações econômicas (o que C. Schmitt denominava *Konstitutionelle Verfassung*), não modificáveis pelos poderes e formas de governo decorrentes das alterações territoriais. Em ambos os casos, no entanto, o poder político cuida de sua Constituição, sem poder ou querer dispor das relações econômicas internas ao próprio espaço de domínio. Foi aqui que nasceu o dualismo oitocentista entre Constituição/Estado e economia. Nota-se ainda que esta tensão veja nos acontecimentos germânicos de Weimar a sua superação, identificando novas funções do Estado e suas regras (a “racionalização” de B. Mirkin-Guetzévitch<sup>210</sup>), através da predisposição de um papel promocional do Estado na economia. Enquanto a ideia oitocentista visava a preservar da dinâmica constitucional a área privada das relações econômicas, na defesa de uma proteção ideológica - em vez de axiologia - da separação entre direito público e privado, agora a entrada do Estado na economia conduz ao conseqüente fortalecimento dos poderes políticos de desenvolvimento e mudanças também das relações privadas, tendendo inexoravelmente à juridicização centrípeta da economia: desenvolvimento constitucional (*Verfassungsentwicklung*) e desenvolvimento econômico (*Development*) se descobrem convergentes.<sup>211</sup> Tal convergência, no entanto, será toda e exclusivamente europeia, no sentido de apontar transformações constitucionais estruturais só na Europa.<sup>212</sup> Nos Estados Unidos da América, de fato, prevalecerá contudo a inspiração de economia política do constitucionalismo das origens, atualizado pelas novas necessidades sociais e econômicas ao “reconhecer” progressivamente, sobretudo através do ativismo da Corte Suprema norte americana, mas não ao ponto de promover verdadeira “política pública” de intervenção e

<sup>208</sup> McDONALD, Forrest. **We, the People: the Economic Origins of the Constitution**. Chicago: Chicago UP, 1958.

<sup>209</sup> SCHMITT, Carl. **Il Nomos della terra (1950)**. Trad. it. Milano: Adelphi, 1991.

<sup>210</sup> Na Europa da primeira metade do Novecentos, a referência obrigatória e fundamental da identificação deste novo quadro risidem em Léon Duguit (na tradução italiana *Le trasformazioni dello Stato. Antologia di scritti*, Torino, Giappichelli, 2003), Otto Hintze (*Essenza e trasformazione dello Stato moderno (1931)*, trad. it. in *Stato e società*, Bologna, Zanichelli, 1980, 153 ss.), Boris Mirkin-Guetzévitch (in trad. it. *Comparazioni teoriche e razionalizzazioni costituzionali*, Lecce-Cavallino, Pensa, 2009), e Karl Polanyi (*La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca (1944)*, trad. it., Torino, Einaudi, 1974). Cfr. in merito A. Tulumello, *La grande trasformazione civile. Karl Polanyi e il nostro tempo*, Palermo, L’Epos ed., 1996. (N. do A.)

<sup>211</sup> ARENDT, Hannah. **Economic Development. An History of an Idea**. Chicago-London: Chicago Univ. Press, 1987.

<sup>212</sup> Basta pensar na afirmação das concepções corporativistas e organicistas como base dos modelos constitucionais totalitários. (N. do A.)

substituição. Valem, como prova, dois significativos exemplos: a análise de Antônio Gramsci sobre o "americanismo e fordismo";<sup>213</sup> as aquisições historiográficas sobre o caráter "conservador" do New Deal.<sup>214</sup>

Entretanto, porém, o século XX assinala também o advento "global" de um novo *Nomos da Terra*, dominado pela doutrina internacional norte-americana que influenciou e interferiu no mundo todo.<sup>215</sup> Com isso, novos poderes se apropriaram da economia, confundindo-se com ela e realizando aquilo que Schmitt definirá sempre a sua "transformação altamente moderna: *cujus economia, ejus régio*", a nova regra do mundo,<sup>216</sup> não para torná-lo um lugar de constitucional cidadania cosmopolita - onde "*Konstitutionelle Verfassung*" e "*Verfassungrecht*" refletem-se um no outro - mas para controlá-lo como um espaço global de consumo, como demonstram os estudos Agnes HELLER e da denominada "Escola de Budapeste".<sup>217</sup>

Por outro lado, também a vigência e validade são pontos a rever: quantas normas são fruto do período de exceção (ou exclusão) democrática? Em um belo debate sobre a denominação correta para o ato legislativo, se decreto-lei ou lei, Agustín Gordillo é contraposto ao jovem administrativista debatedor, de forma incisiva, demonstrando que chamar um decreto-lei, originário da ditadura militar – governo de *facto* – de lei era confundir legitimidade com legalidade: não importa qual termos usemos, a linguagem sempre terá seus truques, e a opção de dizer de uma forma sempre esconderá a outra. Desta forma a legitimidade das leis e decretos-leis estaria diretamente vinculada ao período de seu trâmite, ou ausência deste. A legitimidade iniciar-se-ia pela forma com que o ato legislativo foi colocado no sistema jurídico. Abaixo uma singela tabela para demonstrar a preocupação de

<sup>213</sup> GRAMSCI, op. cit., p. 403-444.

<sup>214</sup> O New Deal foi a demonstração da recusa americana contra a nova ruptura revolucionária dos Novecentos, a favor de uma estratégia de adaptação às necessidades de desenvolvimento da sociedade apenas em termos «de atualização institucional frente ao crescimento econômico» (assim M. Tronti, *Operai e capitale*, Torino, Einaudi, 1971, 290). Sobre o New Deal e a "continuidade" americana, podem ser lebradas as obras de R. Hofstadter, *Società e intellettuali in America* (1962), trad. it., Torino, Einaudi, 1968, e mais recentemente M. Kammen, *A Machine that Would Go of Itself*, New York, Knopf, 1986. (N. do A.)

<sup>215</sup> Fala-se a propósito no "paradigma do pós-guerra", que teria definitivamente exaltado o papel dos Estados Unidos como modelo e como paradigma: L.E. Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in *The Migration of Constitutional Ideas*, 2006, 84 ss. (N. do A.)

<sup>216</sup> SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democrazia (1942)**. Trad. it. Milano: Etas Kompass, 1973.

<sup>217</sup> HELLER, Agnes. **La teoria dei bisogni in Marx**. Tra. it. Milano: Feltrinelli, 1974, p. 74-75, 158, sobre a linha de toda a escola denominada "Escola de Budapeste", sustentava a distinção entre praxis institucionais (estatais e internacionais) "preservativas" e de "sustento" frente a necessidades "já manifestadas" (cujo exato exemplo os Estados Unidos fornecem o modelo mais significativo) e praxis institucionais de "valorização" e "desenvolvimento" de "novas necessidades" comuns a todos os indivíduos da sociedade, oferecido pela alternativa então condicionada pelo domínio totalitário soviético. (N. do A.)

parte da doutrina nacional com o “excesso ilegítimo” de medidas provisórias editadas pelo Executivo Federal. Tem-se:

Quadro 1 - Comparativo

Medida Provisória	Versus	Projeto de Lei
Presidência da República	“	Congresso Nacional
Entra no Sistema Jurídico com “força de lei” sem sê-la.	“	Trâmite sem efeitos legais prévios
Imposição política, autoritarismo, centralismo.	“	Construção conjunta com a sociedade, democracia.
Debate forçado no Congresso Nacional ou ausência de debates.	“	Debate com a sociedade e seus representantes dentro do Congresso Nacional.
Decisão unilateral.	“	Consenso Construído.
Efeitos imediatos impostos sem negociação.	“	Efeitos posteriores negociados e/ou construídos.
<b>ILEGITIMIDADE</b>	“	<b>LEGITIMIDADE</b>

Fonte: do autor.

Houve, no Congresso Nacional, o projeto de Emenda à Constituição para expurgar das competências do Poder Executivo a possibilidade de editar Medidas Provisórias. Era a Proposta de Emenda à Constituição n. 8 que sofreu emenda aglutinativa na PEC 472/97, transformando-se na Emenda Constitucional 32, que limitou a edição da Medida de relevância e Urgência. Porém não foi abolida a possibilidade de o Poder Executivo editá-las.

Porém, se a origem do ato legal (não do normativo) for critério para sua legitimidade, chegar-se-á a funesta conclusão de que o sistema jurídico brasileiro é, em grande parte, ilegítimo, portanto, carente de total reformulação, desta feita com a participação efetiva dos brasileiros. Vide a seguir alguns exemplos:

Código de Processo Civil Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973; Código Penal Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940; Código de Processo Penal Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941; Consolidação das Leis do Trabalho Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; Código Tributário Nacional Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966; Código Eleitoral Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965; Código de Águas Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934; Código de Minas Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967;

Código Penal Militar Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969; Código de Processo Penal Militar Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969; Código Brasileiro de Aeronáutica Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986; Código Brasileiro de Telecomunicações Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962; Código Comercial Lei nº 556, de 25 de junho de 1850!

Somem-se a estes os seguintes “Estatutos” ainda vigentes: Estatuto do Índio Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973; Estatuto do Estrangeiro Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980; Estatuto dos Militares Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980; Estatuto da Terra Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964!

Para os cultores do Direito Administrativo são vários os exemplos vigentes de textos legais recepcionados como vigentes pelo sistema constitucional pós Constituição de 1988. Cita-se apenas o Decreto-Lei 200. Portanto, a confusão entre vigência e validade, texto e norma, legalidade e legitimidade estão profundamente demarcados em nosso sistema jurídico: este se aproveita de normas “ilegítimas” para seu funcionamento. Lenio Streck cita exemplos diversos, porém um salta aos olhos a extinção da punibilidade de crimes sexuais pelo casamento da vítima com terceiro. Esta discrepância constitucional só foi retirada sistema jurídico brasileiro em 2005, ou 17 (dezessete) anos após a promulgação da Constituição com todo seu teor de “dignidade da pessoa humana”!<sup>218</sup>

Assim, para não haver surpresa é necessária a instituição de normativas segundo os critérios da não surpresa, transparência, inclusão e, na medida do possível, aceita pelo envolvidos, sobretudo em Setores Regulados, onde da desavença entre governo e prEstadores, quem paga é sempre o usuário-consumidor.

Entretanto, fazendo-se perfunctória análise, faz-se breve análise das principais dificuldades para esse tripé parar em pé. Veja-se a seguir.

---

<sup>218</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014. art. 107: Extingue-se a punibilidade: VII - pelo Casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código; (Revogado pela L-011.106-2005) VIII - pelo Casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração; (Revogado pela L-011.106-2005)

### **1º) Instrumentos normativos e reguladores precisos e claros: a Lei, o Regulamento e a tomada de decisões de forma objetiva e transparente**

Toda dificuldade para segurança jurídica, a partir do século XX, surgiu da ideia de que as pessoas formariam suas relações e concepções jurídicas gerais a partir de leis gerais e abstratas, normas as quais poderiam definir atos específicos para pessoas, mas abstratas que descreveriam previamente situações e os destinatários se enquadrariam a estas situações. Portanto, sempre haveria normas gerais e abstratas e o direito partido das leis seria capaz de gerar segurança, porque quando se celebrasse um contrato já se teria os parâmetros gerais e abstratos para prever as consequências desta relação. O contrato seria simplesmente o desdobramento casuístico desta generalidade e abstração da norma, seria sua concretização. Este guiava-se por pautas gerais e abstratas que, surgido qualquer problema em sua execução, a partir do contrato, já se teria as consequências para prever e prover as possíveis resultantes do não cumprimento daquele avença.

Esta ideia foi muito forte e presente na essência da construção do sistema jurídico contemporâneo e uma noção que seria capaz de trazer segurança jurídica. Quando acoplada a outra ideia jurídica, a do ato jurídico perfeito, com a mudança da lei, os contratos em andamento jamais seriam atingidos. Garantia-se assim, ao menos idealmente a imutabilidade de equações econômicas e sociais postas nos textos contratuais e que não seriam passíveis de alteração ao concessionário. Portanto, caso a lei mudasse não atingiria o ato jurídico perfeito.

Assim, o que havia sido negociado e contratado no passado, não poderia ser mudado para o futuro pela nova lei, com base nas pautas gerais e abstratos. Esta ideia, de que o Direito seria formado basicamente por leis gerais e abstratas que definiriam os comportamentos e que uma vez estabelecida a relação jurídica que, mesmo com modificações na lei, não se alteraria o contrato, isto caracterizaria a segurança jurídica. Este mecanismo protetivo foi uma grande aposta do Estado Moderno. Com Paolo Grossi, nesta fase histórica havia apenas e tão somente o macro sujeito Estado e o micro sujeito Indivíduo. O primeiro orientaria abstrata e genericamente a toda a individualidade e a si mesmo, o segundo e, em consequência, o contrato, deveriam obedecer esta orientação e implementá-la de forma a fechar o ciclo de



abstração e generalidade, aplicando-o em seus casos concretos. Entretanto, com o surgimento dos direitos coletivos e com o avanço tecnológico que pulverizou o acesso a bens materiais, essa ideia iniciou uma fragmentação em seu funcionamento.<sup>219</sup> O que fragilizou e dificultou esta concepção jurídica?

Primeiramente, um dos problemas foi a árdua dificuldade para se criar normas gerais e abstratas: o avanço tecnológico e a especificidade de situações concretas, praticamente abriram enorme flanco na possibilidade de se generalizar situações. Neste campo o Setor Elétrico Brasileiro – SEB é pródigo, é o melhor exemplo. Veja-se a atividade legislativa para a instalação, por exemplo de uma Usina Atômica. São enormes os detalhes técnicos e a especificidade desta tecnologia que não se permite ao Congresso Nacional descer à minúcias pertinentes a sua regulamentação. Neste setor, há uma dificuldade enorme de, ao montar as reformas do SEB, trazer novidades por meio de lei, sejam elas tecnológicas ou não.

Assim, pelas características normativas, pelas circunstâncias v. g. do “apagão”, pelas dificuldades de se tomar decisões (os gestores públicos do SEB vão até a última instância, esperam para não decidir), somente quando se esta para “explodir” o problema é que se toma a decisão. Ao Setor Elétrico Brasileiro - SEB é difícil de se criar normas gerais e abstratas para regular situações no longo prazo: tudo é para “ontem” e tudo é apressadamente definido pela última cúpula. O que acontece é uma sucessão de leis no caso concreto, por exemplo: as concessões vencerão, edita-se lei para prorrogá-las, faz-se uma reforma especialmente para este vencimento de concessões; há problemas de institucionalidade, publica-se uma nova lei para resolvê-lo. Assim, vão se sobrepondo regimes jurídicos que perturbam o cálculo e planejamento setorial. Perturbam, por vezes, equações financeiras delicadas e devidamente insculpidas em contratos assinados sob a legislação existente (e suficiente) à época.

E mais: como ficaram as demais concessões v.g. que não foram atingidas pela novel legislação? O que o SEB sistematicamente tem feito é responder: primeiro as coisas primeiras! Ou seja, depois se vê, futuramente se resolverão estas demandas. Assim, aguarda-se desde já uma nova intervenção legislativa. Vamos por partes: primeiro os assuntos primeiros e os demais, vão sendo “remendados”, também por leis, e assim vai como um sistema incremental de produção de leis, que aos poucos, por tentativa e erro, e por ser uma forma de legislar que busca sempre o caso concreto, há leis para casos concretos: um

---

<sup>219</sup> El enfoque formalista tradicional consideraba al derecho como un sistema de reglas autónomo y sin lagunas, del cual siempre era posible deducir cuál era la ley aplicable para un caso concreto. Esta concepción del derecho también implicaba que las reglas jurídicas debían ser aplicadas en forma “pura” y con prescindencia de cualquier consideración extra-sistema. (Ya fuera moral, política, económica, etc.) Para un enfoque de estas características, ver BEALE, Joseph H. **A Treatise on the Conflict of Laws**. New York: Baker, Voorhis and Co., 1935 apud: GORDILLO, op. cit.

parágrafo, uma alínea, um artigo para um caso concreto. O Setor Elétrico Brasileiro - SEB, em sua formação jurídica é assim: casuístico!

No Brasil, não há uma normativa geral que caiba a todos os setores econômicos, diferem o Elétrico do setor de TELECOM,<sup>220</sup> por exemplo. Este foi juridicamente reinaugurado.<sup>221</sup> Salvo as concessões de rádio e televisão, que são prerrogativa do Congresso Nacional (sic!),<sup>222</sup> o setor de telecomunicações teve uma lei quadro que o modificou todo, mas que está em vigor desde 1997.<sup>223</sup> O que criou uma espécie de estabilidade legal e contratual nas telecomunicações brasileiras. No setor Elétrico não: sempre que sai uma nova lei no SEB, deve-se perguntar qual o caso concreto a originou, para que caso específico esta lei foi criada. Neste setor as leis parecem atos administrativos para solução de problemas pontuais.

Está evidente a distorção numa pretensa “segurança jurídica”, pois pela forma com que se encaminham tais assuntos, a lei serve para acalmar ou visa sempre o caso concreto: sempre se pode esperar até o limite para que os problemas sejam resolvidos por normas concretas para casos concretos, sem abstração e generalidade necessárias ou adstritas aos que se espera da lei. Esta sistemática é cotidiana, chegando às raias da normalidade dentro do SEB. Esta é a expectativa de governo, órgãos auxiliares e, principalmente, dos próprios agentes econômicos, públicos ou privados. Ocorre que este é caminho sem volta: a partir do momento em que se inicia a legislar para resolver o caso concreto – como ocorre no SEB – se tem a certeza de que se abre uma caixa de Pandora: não terá volta, não se conseguirá parar. Quando a legislação – que deveria ser geral e abstrata – se transforma em uma miríade de

<sup>220</sup> BRASIL. **Lei n. 4.117**, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4117.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4117.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014. (Vide Lei n° 9.472, de 1997) (Vide Decreto n° 3.965, de 2001) - CAPÍTULO I – Introdução: Art. 1° Os serviços de telecomunicações em todo o território do País, inclusive águas territoriais e espaço aéreo, assim como nos lugares em que princípios e convenções internacionais lhes reconheçam extraterritorialidade obedecerão aos preceitos da presente lei e aos regulamentos baixados para a sua execução.

**Art. 3° Os atos internacionais de natureza administrativa entrarão em vigor na data estabelecida em sua publicação depois de aprovados pelo Presidente da República (art. 29, al) (Partes mantidas pelo Congresso Nacional)**

<sup>221</sup> BRASIL. **Lei n. 9.472**, de 16 de julho de 1997. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

<sup>222</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014. - Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. § 1° - O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, § 2° e § 4°, a contar do recebimento da mensagem. § 2° - A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal. § 3° - O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores. § 4° - O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial. § 5° - O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão.

<sup>223</sup> Lei de Telecom.

casos concretos – não há mais como reformar, pois cada lei expedida guarda uma particularidade que não se comunica com o subsistema jurídico. As opções aqui são apenas duas: 1ª) ou se continua nesta senda e espera para ver onde sairá, com erros e acertos; 2ª) ou se faz tábula rasa de tudo. No momento optou-se em fazer mais uma norma concreta para resolver casos concretos.

Não se está propondo aqui uma codificação do setor de energia elétrica brasileiro, nem caberia uma lei que veiculasse o Código Elétrico Nacional, mas apenas e tão somente a diminuição de casuísmos legais, que podem ser resolvidos, v.g. pelo reforço das instituições do Setor, como a ANEEL, por exemplo, que está sempre em um papel passivo, aguardando a “novel” legislação para atuar, esperando a “orientação” do Executivo, a quem está vinculada administrativamente. Os impactos dessa ação interventiva não auxiliam na consolidação de abstração e generalidade legal, não há consolidação de jurisprudência, nem de doutrina, nem da própria legislação ou sua interpretação. Existem diversos entendimentos consolidados sobre a legislação, que contrariam os fundamentos de abstração e generalidade da legislação. Cada caso, ou cada usina, linha de transmissão ou distribuidora tem um “regime jurídico” especialmente formatado para aquele caso. Impossível uma nova lei não gerar constantes conflitos com este esquema de montagem jurídica. Obviamente isso é um fator que se pode dizer de extrema fragilização à segurança jurídica.

Outro fator de fragilização desta busca pela “segurança jurídica” está na possibilidade de o Executivo Federal expedir Medidas Provisórias. Invariavelmente nos últimos 20 anos, a legislação setorial foi iniciada por Medidas Provisórias. Todas as leis importantes do SEB foram conversões de MPs, todas! Isto se faz para que se apresse o processo legislativo pois, como dito acima, a decisão que poderia ter sido tomada no nível regulatório (se o ente regulatório fosse independente!) não foi tomada, ou ao menos encaminhada, abre-se a possibilidade de se avolumar os problemas decorrentes da ausência desta decisão. Portanto, quando o problema chega ao nível governamental estratégico, está “explodindo” e a única saída é resolvê-lo por Medida Provisória.

É certo que nesta novel legislação o governo tentou uma antecipação da renovação de algumas concessões que iriam vencer a partir de 2015. Assim, vislumbrou a possibilidade de “jogar” com estes vencimentos, aproveitando-os para reduzir os custos na ponta consumidora. Porém, balançou todo o setor e teve repercussões diferentes da esperada. Houve dura crítica de vários atores importantes, inclusive de parlamentares da própria base do governo que, desavisados, estavam preocupados com as empresas dos seus respectivos Estados de origem.

Para a “segurança jurídica” há diferença entre a origem da ordem legal, se de Projeto de Lei ou Medida Provisória? Em nosso entender não! Se é demorado ou rápido o processo legislativo não interessa aqui, ocorre que a MP produz efeitos concretos. O que é proposto por MP ao menos caminha, o Projeto de Lei não caminha: os procedimentos do Parlamento são considerados “lentos” frente a estes problemas que envolvem alta tecnologia elétrica e jurídica! Portanto a MP virou um mecanismo de gestão no Setor Elétrico do Brasil - SEB. É mesmo confundida como um mero ato administrativo: é publicada hoje, para gerar efeitos hoje, que são efeitos irreversíveis, ou seja, uma vez publicado o ato legislativo, seus efeitos estão concretizados, jamais perderão estes efeitos. A tomada de decisão é necessária; porém toma-la por MP em muitas oportunidades pode-se mostrar improdutivo, pois pode causar prejuízos, não só financeiros, mas na própria segurança jurídica geral.

Como exemplo, pode-se citar a intervenção em uma empresa: é irrelevante se a MP não virar lei. Este é o melhor exemplo de adiamento de decisões, adia-se a tomada de decisão até a publicação da MP – isso foi o que ocorreu no processo das últimas concessões. Ou seja, se o efeito da MP só fosse ocorrer depois de sua transformação em lei, isto faria diferença. Não é o caso aqui: os efeitos são imediatos. A MP tem força de lei com efeitos irreversíveis. Adia-se a decisão ao máximo possível, edita-se uma MP, com efeitos imediatos para prorrogar contratos, se o Congresso aprova ou não a MP, isto é irrelevante pois seus efeitos estarão consumados e os contratos prorrogados.

Outro problema característico do SEB é que ao editar-se a MP sobre prorrogação, por exemplo, produz-se efeito “político” que repercutirá no próprio andamento da MP dentro do Congresso Nacional. Assim, tanto deputados como representantes dos agentes setoriais, encontram-se premidos pelo trâmite desta MP, não lhes restando, no caso da MP 579, se posicionar contra, devido ao grande apelo social que trouxe em seu corpo. Este é um fator importante de desestabilização e de “insegurança jurídica”, pois coloca em questão a ideia, acima declinada, de lei geral e abstrata sob um outro aspecto: a LEI, além de dever ser geral e abstrata, deve trazer em sua formação a vinculação a um processo público que contenha debates, contraditório, análises técnicas, participação popular etc. Não é o viés da MP, que evita todo este “demorado” trâmite parlamentar. No processo legislativo muitos atores podem interferir: o cidadão, a imprensa, o Poder Judiciário, a oposição, minorias, opinião pública etc. Na MP há um quebra deste “ritual” moderno (vindo da modernidade), ou seja, a urgência dos fatos (originados pela ausência de decisão) justificam a imediata publicação da novel legislação via MP. No dia seguinte ela é executada, no terceiro – *legis on fait!* Isso retira um

fator de controle da produção das leis que tem um colchão institucional de proteção, seja na negociação com o Congresso Nacional, seja na observância feita pela cidadania.

No Brasil é exemplo típico o instituto da encampação de concessões: anteriormente se encampava de depois se reclamava a devida indenização. Assim, foi feita importante mudança em 1995, visando a gerar segurança jurídica para o investidor: o instituto da encampação necessita de lei específica e de indenização “prévia” do poder concedente. Isto mudou radicalmente o discurso dos “encampadores”. Antes a indenização poderia ser a posteriori. A exigência da indenização prévia e legislação específica “mataram” a encampação no Brasil. Com isso aumentou a segurança jurídica? Sim, pois a encampação era um fator gerador de instabilidade legal e jurídica no Brasil. Esta possibilidade acabou? Não, basta uma nova MP ordenando a encampação e, no dia seguinte se cumpre o comando veiculado pela MP e fim.

Há desvio de poder nesta forma de inovar a legislação? Esta é uma demanda importante que se põe sobre a produção normativa, sobre este método de alterar as normas adotado no Brasil: na edição da MP existe desvio de poder pela “tentativa” de impedir a deliberação do Congresso Nacional? Ou de limitá-lo, ao definir que o processo legislativo ocorra quando os efeitos da MP já estejam consumados. Estes são temas importantes para o controle da constitucionalidade, pois contrariam a ideia de lei geral e abstrata, trazendo “insegurança jurídica” para o conceito de lei.

Por outro lado, apenas para colaborar com o debate, estes problemas de “insegurança jurídica” também podem ser gerados, paradoxalmente, pelas leis quadro, como a Lei de TELECOM e PETRÓLEO, que podem ser fator de “insegurança jurídica”, vez que deixam espaço para a regulamentação e lá na regulamentação podem surgir desvios que desaguem na “insegurança jurídica”. Por óbvio, esta pode ser mais facilmente corrigível pelo Poder Judiciário, vez que a Medida Provisória desencadeará o controle da constitucionalidade concentrado, sendo o regulamento, o abstrato.

No caso em estudo, tem-se a insegurança na norma geral e abstrata, que não é geral nem abstrata e tem-se a insegurança no regulamento, como no caso da resolução Normativa da Micro geração, Res. ANEEL 482/12, que cria, modifica e extingue, ilegalmente, direito de propriedade sobre a geração de energia, a partir da das novas tecnologias, e que decreta a perda desta geração por prescrição do prazo de 36 meses se não usufruí-la.

Portanto, as leis quadros também podem trazer estas características: regulamentos de casos concretos e regulamentos que mudam muito facilmente, e neste caso as Leis Quadro *versus* o Regulador só poderão existir de forma correta se o previsto na legislação estiver sendo cumprido pelo regulador, se o processo de criação do regulamento for um processo que

impeça a surpresa, impeça a regulamentação de caso concreto, ou mesmo a regulamentação de caso concreto, como é o caso do setor bancário. Neste, onde o BACEN não produz regulamento, mas utiliza-se de “costumes mercadológicos” pra regular determinados assuntos. Regulamentação sem regulamento, a denominada “*convenio*”, o técnico explica como funciona, existe uma interpretação, um entendimento, mas não existe o regulamento. Há verdadeira flexibilização da ideia de norma. Quando a Lei Quadro deixa ao regulador a competência, que na visão inicial caberia a ele fixar, os parâmetro substantivos, o regulador não fixa o parâmetro geral e abstrato e resolve caso a caso, dando flexibilidade e não criando um entendimento que poderia ser desviado futuramente. Esta forma de regula também trás insegurança jurídica setorial.<sup>224</sup>

A ideia de que a regulação se ajusta aos casos concretos, propiciado por leis quadro e regulamento quadro, leva ao problema de insegurança jurídica. O exemplo concreto são as aplicações de sanções. As leis não dizem nada sobre sanções, os regulamentos também não, e a definição do que é infração e qual sua respectiva sanção é decidida caso a caso, pelo regulador, na autuação e depois no processo administrativo. Evidentemente que isto gera arbitrariedade sendo um campo aberto para a geração da insegurança jurídica.

Ainda sobre a lei, pode-se dizer que o dogma do ato jurídico perfeito, a ideia constitucional de que o ato jurídico perfeito está protegido de lei nova, ou não será atingido por lei nova, está morrendo. Cada vez mais se faz leis para atingir avenças contratuais e cada vez mais a jurisprudência, inclusive a constitucional, vem aceitando que estas leis atinjam os contratos, mudando-os em aspectos importantes. A ideia “radical” de que lei nova não atinge contrato, ou ato jurídico perfeito, não tem mais a acolhida jurisprudencial e doutrinária de antes. Esta vem sendo substituída pela tangibilidade do ato jurídico perfeito, ou seja, leis novas podem sim atingir situações em andamento, situações constituídas por contrato – atos jurídicos perfeitos, com um único limite: não é possível distorcer completamente a relação, não é possível o confisco, não se pode colocar o agente em prejuízo econômico-financeiro, nem dar-lhe vantagem excessiva.

Assim, o confisco está vedado neste novo entendimento de aperfeiçoamento legal dos subsistemas normativos. Portanto, o exemplo declinado acima da Res. 482/12, no qual o micro gerador perde seu produto por decurso de prazo, serve de exemplo negativo do que o

---

<sup>224</sup> Entende-se por lei quadro a reduzida legislação setorial. O setor de TELECOM, por exemplo, é diverso do ELÉTRICO. Naquele há uma única lei que é referencia para a ANATEL. No Setor Elétrico brasileiro, ao contrário, há um conjunto infinito de leis pulverizadas.

Regulador pode fazer, ou se abster de fazer. Não é possível colocar o agente em prejuízo excessivo, não é possível prejudicar demais um dos agentes.

Estes parâmetros para julgar a constitucionalidade ou legalidade de lei ou regulamento que produz alteração sobre contrato existente são palpáveis, existem, balizam, mas não constituem “garantia”, ou não são intransponíveis, ou seja, a ideia de ato jurídico perfeito perdeu sua função legitimadora de avenças anteriores à legislação superveniente. Este câmbio trazido pela “aceleração da história” retirou aquelas barreiras levantadas pelo contrato que deveria ir do início ao fim, doesse a quem doesse. Esta ideia não existe mais. Muito embora esteja na Constituição<sup>225</sup> e na LIDB<sup>226</sup> (lei de introdução às normas e ao direito brasileiro), isso não mais se aplica e, na verdade, o que se poderia dizer é que essa ideia se tornou casuística, ou os atos jurídicos perfeitos devem ser atingidos de forma “adequada”, de forma proporcional<sup>227</sup>. Portanto, a proporcionalidade é que vem sendo usada pelo Supremo Tribunal Federal - STF como parâmetro para identificar a validade das normas que interferem nos atos jurídicos perfeitos.

Recentemente o Conselho Nacional de Política energética baixou a Portaria nº 3 que incluía no rateio da geração térmica, as empresas de geração e distribuição de todo o sistema. Isto é quebra de contrato? De regulamento? De lei? Deve-se analisar em que despacho que fundamenta a suspensão do efeito das liminares de associações do Setor Elétrico<sup>228</sup>, que evitou a participação dos membros destas entidades no rateio do Encargo de Serviços do Sistema (ESS) por segurança energética como previsto na resolução nº 3 do Conselho Nacional de Política Energética, o desembargador declarou a competência deste Conselho para expedir tal tipo de norma. Ou seja, isto se repete em todos os níveis da Administração Elétrica brasileira que vê a modificação de contratos já protegidos pelo direito adquirido sendo modificados. As decisões elétricas estão sendo tomadas pelos órgãos sem legitimidade para os casos concretos, porém com alta generalidade e abstração, ou seja, houve uma inversão: quem deveria ser geral e abstrato é concreto, no caso das Medidas Provisórias; e quem deveria ser concreto, transforma-se em geral e abstrato, no caso da Portaria 3 do CNPE.

<sup>225</sup> Art. 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; BRASIL, 1988, op. cit.

<sup>226</sup> BRASIL. **Decreto-Lei 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014. Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010, Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957) § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

<sup>227</sup> Princípio da Proporcionalidade.

<sup>228</sup> Abraceel, Apine e Abragel.

Assim, a estabilidade dada lei não mais é absoluta. A superveniência de nova legislação pode constituir novo cenário incluindo os atos jurídicos praticados e aperfeiçoados antes da novel legislação.

## 2º) O Contrato e suas garantias bem assegurados

O segundo elemento constitutivo da segurança jurídica como acima declinado, é o contrato. Porque o Contrato seria capaz de dar essa segurança? A concessão foi concebida como um mecanismo de outorga que blindaria o agente econômico contra prejuízos no futuro. O contrato tem que ser respeitado pelas partes, portanto o princípio da observância e obrigatoriedade dos contratos – *pacta sunt servanda* – era um dogma útil, pois conteria ou traria para a regulação a ideia de auto vinculação. O poder público e o particular se vinculariam, vinculação consciente e voluntária, e as partes se obrigariam. Esta concepção teórica é excelente, porém encontra dificuldades na atualidade. A primeira seria a própria incompletude dos contratos, que dificilmente preveem todas as situações possíveis em sua execução. Nos contratos de operações altamente complexas é impossível esperar que as partes tenham sido capazes de pensar em tudo que vai acontecer no futuro, ou tudo o modo como tratar e o que pode vir a acontecer no futuro. Na montagem de concessão de PPP de aeroportos, que foi feito com rapidez, com nível de conhecimento baixo, com dados ainda imperfeitos, imagina-se que o adiamento da abertura da licitação dar-se-á até se ter toda a visão dos problemas futuros. Para tais situações existem certas fórmulas estereotipadas, verdadeiras pérolas, v.g. o “caso fortuito”: ninguém sabe o que é, ninguém concordaria com um significado único, nem se poria de acordo o que seria isso dentro de um contrato altamente complexo, mas quando se põe isso dentro de um contrato se acha que está resolvido. Outro é a fantasia do caso fortuito<sup>229</sup> é risco do concedente, ou do concessionário, isso é uma fantasia,

---

<sup>229</sup> COHEN, Félix. **El Método Funcional en el Derecho**. Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1962, p. 46-47. Así denomina Cohen en inglés a estos conceptos abstractos que no pueden ser traducidos ni a términos empíricos ni a términos valorativos. En palabras de Felix Cohen, “*en todos los campos del derecho encontraríamos la misma costumbre de ignorar las cuestiones prácticas valorativas o de hecho y de buscar refugio en «problemas jurídicos», que siempre pueden ser resueltos mediante el manipuleo de conceptos técnicos según formas aprobadas*. En cada campo del derecho encontraríamos conceptos peculiares que no son definidos en términos empíricos ni en términos de ética, sino que son usados para responder cuestiones éticas y empíricas, cerrando así el paso a la investigación inteligente de los hechos sociales y de las pautas valorativas sociales (social policy). «Persona Jurídica», «derechos de propiedad», «valor justo» y «debido proceso legal» son conceptos de este tipo [...] *Los razonamientos jurídicos expresados en estos términos son necesariamente circulares, dado que estos términos son en sí creaciones del derecho, y tales razonamientos añaden a nuestro saber exactamente lo mismo que el descubrimiento del médico de Molière de que el opio hace dormir a los hombres porque contiene un principio somnífero* [...] La proposición de que una ley es inconstitucional porque priva a las personas de la propiedad sin debido proceso legal sería científicamente útil si “propiedad” y “debido



ninguém regulou coisa alguma, apenas se adiou para um futuro incerto os problemas e a tomada de decisão necessária para a solução de problemas que certamente surgirão.

Deixa-se para tratar quando o assunto surge em algum momento futuro, como comumente ocorre no SEB: os fatos acontecem e, quando isto ocorre, monta-se uma comissão, qualquer delas, para tentar ver como resolver. O encarregados de buscar uma solução leem o contrato em busca de alguma fórmula específica para aquele problema específico, mas o contrato não nada trás, é sempre lacônico. O tema ficou incompleto, além de assuntos que são incogitáveis no momento da celebração do contrato, ou seja, há incompletude contratual. É extremamente importante saber de quem será a responsabilidade no momento que surgem os problemas, mas quando surge assunto novo é que se deitará o devido olhar sobre essa “novidade” contratual. Evidentemente se terá um fator importante de insegurança jurídica, o contrato mais seguro será mais fácil, porem nos contratos mais complexos, de difícil previsão como ocorre no SEB isso é impossível. Então em todos os setores regulados tem sido frequentes as remissões do contrato à regulação. Contratos de concessão foram celebrados prevendo o que faziam parte “deste”, como anexos nos quais constam os regulamentos, porém é comum o devido regulamento não existir.

Atualmente, as usinas do Rio Madeira, Jirau e Santo Antônio, passam por esse tipo de incompletude contratual. Por um encadeamento de falhas, os consórcios vencedores não compatibilizaram seus equipamentos de geração e não houve a previsão de instalação do sistema de segurança, o que permitiria que as turbinas, de ambas as usinas, se utilizem do mesmo linhão de transmissão com segurança. A instalação deste sistema custará algo em torno de R\$ 100 mi, que recairão sobre as contas de luz dos brasileiros.

Neste caso, há uma série de erros: os consórcios apressaram-se em culpar o Edital publicado pelo MME, que por sua vez se reportou ao Operador Nacional do Sistema – ONS. Mas o certo é que não houve o devido regulamento para a segurança operacional das duas usinas se utilizarem desta Linha de Transmissão. Não existe. O que se fez foi jogar para o futuro a solução do problema. A tomada de decisão aqui é difícil e envolve responsabilidades. Portanto o contrato nasce de forma incompleta, mas há mais, ou seja, as situações mudam. Então o contrato não é capaz de dizer se a situação atual, tal e qual está contratada mudou. Mesmo com o contrato assinado, a realidade dos fatos é outra. A ideia de previsibilidade (ou imprevisibilidade) está toda ligada a isso, quer dizer o imprevisível ocorreu ou o contrato foi

---

proceso” fuesen definidos en términos no jurídicos; de otro modo tal enunciado obstruye simplemente el estudio de los hechos relevantes.” *An Introduction to Law*, London, Esperia Publications Ltd, 2003, versión como e-book que puede consultarse gratuitamente em: <[www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)>. Acesso em: 07 jul. 2013.

celebrado dentro de certa expectativa e a situação acaba por mudar, ou seja, a situação força o contrato a também mudar. Porque ocorreu o fato imprevisível, há necessidade de revisão, revisão da equação financeira. O panorama que levou à assinatura do contrato se alterou e, portanto, o contrato tem que mudar. O contrato não é mais capaz de dar segurança, essa previsibilidade. A relação que estava no contrato ficará sujeita a novas normas, portanto a novas situações que não foram previstas juridicamente ou economicamente.

O contrato como fator de “segurança jurídica” ajudou a desenvolver a ideia de concessão por meio do contrato, recebendo-a da experiência jurisprudencial francesa e mesmo da doutrina e da legislação francesa. A legislação incorporou a ideia de contrato próprio do ambiente regulado e, na visão contratual que foi se formando a partir da metade do sec. XIX na França, para contratos da administração pública e contratos em espécie, a ideia de vinculação pelo pacto – *pacta sunt servanda* – foi mitigada, porque a jurisprudência francesa foi decidindo que os contratos administrativos devem ter uma cláusula de alheabilidade pela Administração Pública em função do interesse público, ou seja os contratos são passíveis de alteração pela Administração Pública. Os particulares não o podem alterar, são obrigatórios para eles. A Administração Pública altera-os apenas no que é essencial para a manutenção da situação do particular, ou o que levou ao engajamento do concessionário. Por sua vez, o poder público tem o poder de alteração mesmo do objeto contratado, das obrigações, dos direitos, desde que fique preservado aquilo para que o particular foi contratado. Isso, comumente se denomina o “respeito a equação econômico-financeira”, afinal o particular quer remunerar seu capital investido, ou manter seus volumes de encaixe. Então, garantida esta equação, todo o mais está bem.

Esta ideia, de unir se concessão com contrato, procurando compatibilizá-los, foi alterada pela outra: a do interesse público superveniente. Assim, se alterada a situação administrativa, a Administração Pública poderia modificar a contratação afim de atender às suas novas demandas. Isso está na legislação brasileira, setorial, porém é um fator de instabilidade e insegurança, pois a interpretação que se deu à cláusula do “interesse público” foi muito ampla. A doutrina na década de 70, por exemplo, carregou nas tintas em uma década que as concessões não foram muito importantes no Brasil, tornando essa cláusula puramente abstrata, e que não tinha muita importância prática, pois tudo, ou quase tudo era estatal. Nesta época, a doutrina estava mais preocupada em demonstrar que o contrato administrativo era muito diferente do privado. O resultado foi o estabelecimento de amplos poderes para a modificação unilateral da avença contratual, causador de grandes instabilidades se usados de fato.

Assim é, que a lei de concessão de 1995 teve que intervir em relação a isto, instituindo um regime especial para a encampação. Para diminuir esse poder da Administração Pública, procurou-se condicionar a intervenção à certos fatores limitativos: um processo formal e prévia indenização. Portanto, crer que Administração Pública tem poder de autoridade, pode mudar o vínculo, pode dar as condições de prestação, ou seja, “pode tudo e não dá prosa”, não é bem exata. De tempos para cá, houve a tendência de se chamar a atenção para a contratualização, do pacto regido por contrato. Isso se pode verificar em uma simples olhada na lei de concessão, que foi feita com cuidado em relação a isso. E uma das coisas importantes não observados pela doutrina atenta, é que: na lei de concessão e também na lei geral de contratos da administração pública (8.666/93), não está explícita a autorização para a Administração Pública anular o contrato administrativo. Embora seja muito comum que a doutrina diga que a Administração Pública pode anular e rever os atos e contratos administrativos.

Não se prevê nestes diplomas o poder de anulação do ato e do contrato. A doutrina é muito tranquila em relação a isto, porém a jurisprudência não! A legislação hoje em vigor não dá esse poder expressamente. Isso é claro quando se leva em conta o temor de que esses poderes especiais da Administração Pública, de instabilizar o vínculo até por anulação, fossem fator de insegurança que pudessem inviabilizar a própria lógica contratual. Todos os contratos administrativos, inclusive os de concessão, não contém poder de anulação unilateral pela Administração Pública. Para sua anulação é necessário que ela vá ao Poder Judiciário e obtenha judicialmente esta anulação, se o convencer.

Apenas como ilustração cita-se o exemplo do pedágio do Estado do Paraná, que apesar de ter um Chefe do Executivo radicalmente contra a continuidade das cobranças e suas respectivas tarifas, não conseguiu anulá-los ou revoga-los nem no Poder Judiciário. Aliás, como declinado acima, o mecanismo de anulação, pelo Poder Judiciário, de contrato de concessão, ou simplesmente concessão, encontra-se insculpido no texto constitucional, em seu art. 223, que trata de concessões de rádios e televisões. Seria a liberdade de imprensa fazendo doutrina em outras concessões?

### 3º) Sistema de solução de litígios imparcial, autônomo e eficiente

A existência de um sistema de solução de litígios que seja imparcial autônomo e eficiente é o terceiro pé da segurança jurídica. A lei e o contrato (ou suas ideias) – duas grandes apostas - para a segurança jurídica são ideias em mutação pois não mais dão essa certeza. Essas ideias não são capazes de dar segurança jurídica necessária, então esse “serviço” ficou adstrito ao Poder Judiciário. Os conflitos devem ser resolvidos por uma autoridade que seja imparcial, alguém autônomo e eficiente. Se o contrato não resolver, se a lei não resolver, então alguém tem que resolver de modo imparcial, com um método que produza imparcialmente a solução. Se a resolução for eficiente, não acumular processos, se se instruir sobre o tema, as fragilidades anteriores – contrato e lei – poderão ser compensadas.<sup>230</sup>

Neste ponto é importante abordar tema recorrente no Brasil, sobre a instituição de um Tribunal Administrativo, ou se este tribunal aumentaria a segurança jurídica devido à sua especialidade. É difícil prever, no entanto esta segurança jurídica poderia ser prejudicada devido aos recentes entendimentos que apregoam ao INTERESSE PÚBLICO SUPERVENIENTE viés para modificar todo o entendimento anterior, portanto isto poderia até aumentar a insegurança jurídica. O contrato também é norma abstrata, ou faz norma entre as partes e, a aposta de que resultaria em segurança jurídica é limitada, porém essa limitação seria suprida pela autoridade autônoma.

Por outro viés, o Poder Judiciário não está preparado para a miríade de assuntos técnicos. Porém, tem-se mostrado um caminho viável para a solução de conflitos, sendo reconhecida sua imparcialidade e autonomia, mas não sua eficiência e rapidez. Isto não só pelas limitações, mas pela complexidade dos temas, o Poder Judiciário vem também adiando decisões. Dificuldades que fez com que se apostasse na ideia de arbitragem também nas concessões. Isso é embrionário e especialmente quando se trata de conflitos que envolvem concedentes e concessionários. Certamente, hoje não se está disposto a aceitar que o conflito entre a União e um concessionário sobre a existência de um passivo da concessão que vai ser renovada. Tal conflito deveria ser previamente resolvido para haver uma nova contratualização, certamente não se aceitaria que uma arbitragem o resolvesse. O conflito entre a União e um concessionário sobre a existência de um passivo só tem um caminho: o Poder Judiciário! Em que pese a lei 10.848/04 traga a previsão de disponibilidade dos bens

---

<sup>230</sup> GABARDO, Emerson. **O Princípio Constitucional da Eficiência**. São Paulo: Ed. Dialética, 2002.

elétricos e sua possível solução por meio de arbitragem e mediação. A própria ANEEL tem uma câmara de mediação e arbitragem.<sup>231</sup>

Conflitos de difícil abordagem, como os da União e uma Distribuidora, por exemplo, normalmente não se aceita que a arbitragem resolva, pois aqui, ambos querem a proteção do feito, cientes de que os envolvidos são “culpados” em alguma medida pela controvérsia estabelecida no curso do cumprimento do contrato de concessão. Porém, se o Poder Judiciário não resolver e a arbitragem também não, alguma autoridade tem que resolver.

A criação das agências reguladoras foi a grande aposta governamental para a estabilização dos mercados. O Setor Elétrico Brasileiro teve a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. O instituto não era de toda novidade no Direito brasileiro, o sistema jurídico nacional convivia com espécies de órgãos reguladores há muito tempo. Cita-se, apenas incidentalmente, o Banco Central. Ocorre que as agências tiveram e continuam tendo dificuldades. A primeira é a confusão em parte com seu papel de concedente.<sup>232</sup> Há verdadeira mixórdia de assuntos. Não há autonomia, aplica-se uma nova política, via MP 579, que envolve os agentes setoriais, incluindo a Agência, isto estará dificultando a atuação autônoma da ANEEL. A agência deve sempre entrar na negociação pela política que vai ser implementada e sempre do lado do Governo. Ou seja: não há autonomia regulatória de fato. Sempre haverá a possibilidade de envolvimento político da Agência. Jamais ela poderia se opor a uma privatização, por exemplo. Ela é de fato e de direito apenas um órgão executor dos ditames do Executivo Federal. Veja-se:

1º) Há grande dificuldade em decidir questões consideradas “difíceis”. Quando se põe o debate sobre o regulamento, seja na decisão sobre o concurso do caso fortuito o que justificou o atraso na implantação da usina e portanto se deve reconhecer o concessionário não estava em mora e portanto o concessionário deve ter reconhecido mais dois anos de concessão. Tomar esse tipo de decisão é difícil ao administrador vinculado à política. Quando há um conflito entre agentes se editará um regulamento a solução normal é resolver uma parte e deixar outra para depois, empurra-se pragmaticamente para depois. Os conflitos que se põem abstratos e genéricos são sempre jogados para adiante. Isto é fator de desestabilização, pois permitem que os problemas se acumulem.

---

<sup>231</sup> A CBEE, empresa do seguro apagão, fez diversas mediações em controvérsias na implantação dela. Ver: A Lei 10.848/04 trouxe a disponibilidade do bem “eletricidade”. Isso facilitou a ida ao árbitro CAMARA FGV RIO E SP, mas sobretudo à da ANEEL, que pode arbitrar possíveis disputas.

<sup>232</sup> A lei 10.848/2004, conversão da Medida Provisória 145, modificou o papel de concedente da ANEEL. Hoje há uma competência compartilhada entre o Ministério das Minas e Energia – MME e a agência, que operacionaliza todo o processo.

2º) Quando ocorrem os conflitos concretos, v. g., é preciso decidir se o concessionário estava em mora, portanto perdeu 2 ou 10 anos da concessão porque atrasou a implantação da usina, deve-se ou decidir logo que ele não tem o prazo, pois todos os passivos vão se acumulando sem decisão. Isso é um problema, porque as concessões, em tese, terminam, acabam um dia.

3º) Elemento de fragilidade: as concessões em tese terminam, existe um momento em que o concessionário vai ter um problema grave em que se aproxima o final de sua concessão e ele tem um estoque potencial de conflitos não resolvidos, e o poder público pode lhe dizer: se quiser prorrogo, se não, NÃO! Só se prorroga se abrir mão de todos esses conflitos e passivos acumulados. Passivos que ninguém sabe que existem e ao final ninguém negará que o poder público não é obrigado a renovar. Mas se as questões foram se acumulando ao longo do tempo e eu não tive um sistema eficiente de solução destas questões, quer judicialmente, quer administrativamente, o fato de que a relação tem prazo certo para terminar e uma parte permanece vinculada a outra na renovação, fragiliza o concessionário, e a segurança jurídica.

A segurança jurídica assentada neste tripé: ideia de lei, de contrato e de uma autoridade de solução imparcial de conflitos, autonomia e eficiente e este sistema funciona mas tem fragilidades. Para aumentar a eficiência deve-se trabalhar em cada um desse tripé, por exemplo se não se aceitar MPs modifiquem as coisas de maneira irreversíveis, melhorar os contratos, regulação melhor, rapidez nas decisões.

É preciso um conjunto de mudanças incrementais para melhorar a segurança jurídica, em comparação com a América Latina mas não se tem padrões em relação a esses três temas que justifiquem uma confiança de decisão que os concessionários tem do governo como o da Alemanha, ter-se-á dificuldades nestes requisitos. E o momento é importante para se confirmar os fatores de insegurança.

#### **4º - Um claro, transparente e bem definido sistema de competências**

Esta exigência parece óbvia, mas quando se vê portarias modificando direitos patrimoniais (ou fundamentais) deve-se parar e tentar entender o que está acontecendo. Pelas novidades trazidas via “liberalização”<sup>233</sup> econômica, houve também um aumento das competências de vários setores governamentais, ocorrendo, por vezes, a sobreposição de interesses e competências. É necessário readequar este quadro, evitando-se as duplicidades que paralisam decisões e as imprecisões, que as transformam em decisões inválidas e, muitas das vezes indenizáveis para quem as sofreu como destinatário final.

#### **5º - Garantia de participação democrática na formação e tomada de decisões setoriais**

Como bem ensina o Prof. Bacellar, se o princípio democrático está insculpido em nosso sistema constitucional/administrativo, então deve ser levado a sério<sup>234</sup> e até suas últimas consequências. Assim, consolidada a democracia política (em que pese a infinita necessidade de reformas urgentes), exige-se agora a democracia econômica. Esta pode se caracterizar pelo acesso ao crédito, por exemplo, mas também pelo acesso aos órgãos decisores dos destinos deste setor regulados.

---

<sup>233</sup> O termo não é feliz, pois houve, em certos setores regulados, até um aumento interventivo. Examine-se ainda os profundos financiamentos com dinheiro público, aos agentes econômicos “privados”.

<sup>234</sup> BACELLAR, Romeu. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Forum, 2004.

## CONCLUSÕES

*Isto que chamávamos o serviço público “à francesa” não existe mais.*<sup>235</sup>

O direito pode ser considerado uma prática social de natureza interpretativa, uma combinação de processos regulatórios mais que de normas regulantes, uma série de processos através dos quais as prescrições vêm aplicadas, ao invés de um sistema de enunciados linguísticos prescritivos. Nisto está implícito o reconhecimento de que o direito é extensão da experiência e que, enquanto tal, só parcialmente linguística, no qual o conteúdo não é integralmente predeterminável.<sup>236</sup>

A solar lição do Prof. Blanchet quanto a questão dos serviços públicos, que em seu entendimento, assim permanecem, mesmo que o rótulo (a lei) não seja clara e nominal. Para o Prof. Blanchet serão considerados serviços públicos atividades que sejam assim consideradas por força de normas constitucionais ou legais, podendo ser prestadas diretamente pelo Estado ou por aqueles a quem foi outorgada a execução, ainda que nem a Constituição nem a lei tenham sequer utilizado a expressão serviço público, pois o que interessa é a essência e não o rótulo. Contudo, a atividade submete-se permanentemente ao regime jurídico-administrativo, visando à satisfação de necessidades ou criação de utilidades de interesse coletivo.<sup>237</sup>

A Constituição brasileira de 1988, da qual se pode retirar conceitos de “serviços públicos” nacionais, regionais e locais, assinala o ponto de transformação sobre a constitucionalização da política de “coesão” dos espaços macroterritoriais<sup>238</sup>. Esta, em outros termos, não retrata um simples e abstrato programa normativo de “dirigismo” constitucional, porém constitucionaliza os instrumentos destinados a reduzir as *diferenças-desigualdades* e valorizar as *diferenças-especificidade*, transferindo o nexo *inclusão-exclusão* para a dimensão

---

<sup>235</sup> VOISSET, Michel. In *L’idée de service public est-elle encore soutenable?* A frase é: Ce que l’on appelait le service public “à la française” n’est plus.

<sup>236</sup> BARBERIS, Barberis, M. **II diritto come discorso e come comportamento**. Torino: Giappichelli, 1990, p. 98.

<sup>237</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão de Serviços Públicos**. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2000. v. 1. 323p.

<sup>238</sup> A respeito se podem ver os aprofundados estudos de P. Logroscino, *Spazi macroterritoriali e coesione. Premesse di comparazione costituzionale*, Lecce-Cavallino, Pensa, 2007; *Differenze e coesione tra Costituzione e politica costituzionale: il problema delle diseguaglianze regionali*, in *Sezione monografica per i venti anni della Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile*, curata da M. Carducci e R. Orrù, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, III, 2008, 1360-1388; *A questão estrutural da desigualdade entre territórios e a intervenção do poder público para o re-equilíbrio do Brasil*, in *Rev. Brasileira de Est. Constitucionais*, 5, 2008, p. 135-192. (N. do A.)



simplesmente *individual/pessoal* daquela espacial-territorial dos lugares in cuja complexidade social se manifesta.<sup>239</sup>

Desta maneira, a Constituição brasileira representa a mais radical rejeição da concepção contratualística do federalismo estadunidense, fundado sobre o dogma da *Public Choice* como um conjunto de escolhas prometidas pelo “Clube dos Estados” livres entre si como livres seriam os cidadãos que o legitimam.<sup>240</sup> As “Cláusulas de Desenvolvimento” e “coesão macroterritorial” definem as novas constitucionalizações dos “bens comuns” de planejamento sobre o futuro da convivência civil.

Diante da insustentabilidade da política keynesiana, referente à explosão do neoliberalismo anglo-americano, conjugado com os processos de integração supranacional, a economia política da Constituição brasileira não resta neutra frente a presença da própria projeção macroterritorial.<sup>241</sup>

Neste cenário, essa se diferencia das Constituições novecentistas europeias. Estas últimas pretendiam assegurar ao *estatuto jurídico do político*, assim apresentando um produto de concessão voluntarista do *direito* e do *sujeito*, sem ter conta da autoreferenciabilidade e da auto-organização dos vários sistemas e subsistemas sociais.<sup>242</sup> Por consequência, esta Constituição, não obstante a sua carga inovadora e “transformativa”, apresenta-se paradoxalmente próxima aos documentos normativos “clássicos” em relação aos sujeitos de referência, na difusa indiferença ante aos novos sujeitos do poder: as entidades organizativas econômicas e de pressão (multinacionais) e os atores neocorporativos (ordens profissionais, interesses, consumidores etc.).

Enquanto a pobre constitucionalidade “transativa” estadunidense pôde resistir a esta transformação da reflexividade social, permanecendo na lógica individualista da “mudança conservadora” das próprias estruturas econômicas constantemente negociadas, o constitucionalismo “transativo” europeu revelaram-se incapaz de criar um conjunto unitário de respostas dotadas de racionalidade e coerência, relativamente a um número sempre mais complexo e crescente de demandas ou exigências, provenientes da estrutura no sistema social. A presença da universalidade constitucionalizante e outros universos produziram espaços

<sup>239</sup> Ainda cfr. P. Logroscino, Spazi macroterritoriali, in L. Pegoraro (a cura di), Glossario di Diritto pubblico comparato, Roma, Carocci, 2009, 242. (N. do A.)

<sup>240</sup> BUCHANAN, James M. **Freedom in Constitutional Contract**. Perspective of a Political Economist. London: Texas Univ. Press, 1978.

<sup>241</sup> Com diferença do texto constitucional Estadounidense, preocupado em preservar o *Social Compact* da própria origem: cfr. FENTON, J. **The Theory of the Social Compact and its Influence upon the American Revolution**. New York: Columbia Univ. Press, 1891. (N. do A.)

<sup>242</sup> Deve-se ver a respeito o importante estudo de VILLAS BÔAS FILHO, O. **Teoria dos sistema e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. (N. do A.)

gravitacionais: mercado, imprensa, grupos, sistemas de informação, tecnologias; cada um reivindicando uma universalidade específica sempre alternativa à validade e eficácia das normas constitucionais.

Isto significaria que a constitucionalização dos dilemas não é absolutamente um artifício retórico ou místico: serve a legitimar o futuro numa visão comum de um projeto de convivência constitucional duradouro.

Esquecer esta distinção significa negar relevo a qualquer programação constitucional e se satisfazer com o liberalismo “transativo” e “conservador” estadunidense, fundado sobre o liberalismo constitucional da escolha única e não, ao contrário, sobre os dilemas, segundo a fórmula que bem pode ser sintetizada pela definição que Milton e Rose Friedman dão aos programas normativos: “a legitimação do poder de alguns para decidir que coisa é melhor para outros”, com a imposição da escolha dos primeiros sobre os segundos, rendendo assim “putrefata” a “coesão” de uma sociedade.<sup>243</sup> como se o mercado não fosse, também isso, um conjunto de escolhas de alguns (poucos, os mais fortes, ricos, afortunados...) de “decidir que coisa é melhor para outros”, na legitimação de cada indivíduo. É quanto se verificou na integração europeia dos espaços macroterritoriais, onde a dimensão normativa de fundamento (os tratados constitutivos com pretensão de constitucionalização material da Europa) perdeu esta distinção, não dispondo de um verdadeiro e próprio código conjunto de formalização escrita dos próprios dilemas<sup>244</sup> e, assim, impedindo um verdadeiro e exato governo europeu da economia, que identifique uma volta por todos os próprios “bens comuns” de promoção e tutela<sup>245</sup>: “bens”, ainda hoje relegados às meras boas intenções como foi pelo Plano de Lisboa para 2000-2010 de fato incompleto.

Continua assim a existir uma Europa da moeda, um Clube dos Estados, não uma Europa da economia política como valor comum de todos os cidadãos.<sup>246</sup>

O tema da constitucionalização do “desenvolvimento” e da “coesão macroterritorial” oferece, ao invés, uma deixa de comparação relevante, para favorecer uma atenção maior da Europa em confronto aos experimentos institucionais do Brasil; para continuar a observar que

<sup>243</sup> FRIEDMAN, M.; FRIEDMAN, R. **Libertade de escolher**. O novo liberalismo econômico. Rio de Janeiro: Record, 1980, p. 125.

<sup>244</sup> Demonstra-o o debate de 2005 sobre a denominada “Costituzione europea” e à identificação da “comuni radici”. (N. do A.)

<sup>245</sup> Não a caso, a escola das *Public Choice* de Buchanan pode qualificar a União europeia monetária como Club State: veja-se J.M. Buchanan, Constitutional Efficiency and the European Central Bank, e M.D. Bordo, The United States as a Monetary Union and the Euro: a Historical Perspective, entrambi in 24 Cato Journal, 1-2, 2004, 13 ss., 163 ss. (N. do A.)

<sup>246</sup> MASINI, F. Per un’economia politica dell’interdipendenza globale. **Beni collettivi, mercati e istituzioni pubbliche, ne Il Ponte**, v. 5, 2009, p. 152.

as Constituições escritas são a conquista moderna da projeção social, não claro a forma enfatizada de um contrato comercial. O conceito alemão de *Verfassungsentwicklung* significa a evolução dos dilemas no tocante à liberdade de escolha: ou seja “desenvolvimento”.

#### Conclusões específicas

Há possibilidade de o Governo, por MP, intervir nos contratos de concessão de serviços de energia elétrica, públicos ou privados; o Governo Federal pode interromper os contratos de concessão por medida legislativa de urgência e relevância de interesse público. Porém, melhor seria se o governo intervisse por atos regulatórios, ou seja, “prestigiasse” as agências reguladoras, neste caso a ANEEL, mesmo com a ausência de uma regulação forte para o setor, o que exige a intervenção de “consenso” com o setor por medida legislativa e posterior regulamentação via agência.

A medida legislativa é meio lícito para alteração destes contratos, porém deve haver medidas de transição entre o novo texto e o anterior, para consensos, não compulsórios, ao menos no direito administrativo econômico que toca as áreas de infra-estrutura – energia, transporte, teles, finanças etc.

Há diferenças contratuais, e legais e, portanto, regulatórias dentro do próprio Setor Elétrico Brasileiro - SEB. Algumas concessões são formatadas de uma maneira, outras são de forma diversa. Não são todas iguais. Há ausência de regulação em algumas. Porém, a ANEEL poderia ter regulado por resolução a prorrogação dos contratos vincendos. Nem sempre haverá necessidade de lei para prorrogação.

Dois riscos derivados destas articulações sobre segurança jurídica e decisão estatal: 1º) o primeiro é jurídico, e traz o perigo do estatismo do direito o que poderia conduzir a uma utilização desmedida. Cada nova intervenção estatal, seja legislativa ou jurisprudencial, deveria ser colocada apenas e tão somente após uma espécie de estudo de impacto, permitindo medir as consequências do novo procedimento. Pois, cada nova legislação ou decisão levanta outras tantas questões a serem debatidas e, sobretudo, resolvidas.

A segunda insegurança a ser prevenida é política. Está dentro desta crença de se ver os gestores públicos tirarem proveito do desenvolvimento deste princípio com o objetivo de aumentar as suas respectivas esferas de poder. Com efeito, além das questões propriamente jurídicas, o que está em causa é a forma de democracia assumida pelo governo (Poder Executivo), ou do modo de governar. Deste ponto de vista a intervenção comentada convida a refletir sobre “Estado Democrático de Direito”. Estas noções, por definição são antagônicas? Pensamos que não. Há muito espaço, para o Estado de Direito avançar em assuntos que estão em sua pauta (energia, saúde, educação e universalização), quanto para a democratização

destes espaços, não só demonstrando que o Estado de Direito tem que avançar, mas também consolidar estas políticas. Esta consolidação só será atingida se a cultura democrática avançar em todos os setores de serviços voltados ao público. Estes são temas que anunciam novos debates no direito administrativo.

Os setores regulados seguem estritas normativas internacionais que, de alguma forma, adentrarão ao sistema econômico brasileiro. Diz-se isto para asseverar que é imperioso a qualificação dos agentes econômico mas, principalmente, dos gestores públicos, devendo a administração sofrer profunda profissionalização para a inicial compreensão dos aspectos legais e regulatórios setoriais.

Além do profundo (e profissional) conhecimento setorial, aos gestores públicos deve ser exigido o comprometimento, o compromisso com a melhora regulatória para a “ponta final”, ou seja, o consumidor, que é quem “banca” o setor. Assim, por óbvio, quaisquer ganhos devem ser imediatamente repassados ao consumidor e não acumulados, para em momento propício - eleitoral ou econômico – haver esse repasse. Visa-se com isto a “educação” do consumidor que poderá contribuir, sempre que chamado, com as variações setoriais presentes.

O que se vive fora desta “educação setorial” – no caso da energia elétrica – é uma crise de confiabilidade, refletindo-se na Segurança Jurídica. Na medida em que o Setor Elétrico Brasileiro - SEB expor suas entranhas e for sendo melhor conhecido pelo consumidor, mais propícios serão os questionamentos e seu planejamento. Hoje, decisões concentradas e de forma “oportunistas” trazem baixa confiabilidade, portanto, afetam diretamente a segurança jurídica.

É importante citar que a inteligência nos Setores Regulados não se encontra só entre a base do governo e seus partidários, devem ser recrutados também na sociedade de forma geral, como são o caso atual dos micro geradores e a Res. 482, de 2012, que não contempla a ponta produtora, apenas as distribuidoras.

A segurança jurídica como corolário do Estado de Direito Democrático é seu principal sustentáculo: se não há segurança jurídica, não há Estado Democrático de Direito.

Às agências reguladoras deve-se prover recursos necessários para a real autonomia, visto que hoje sofrem de contingência ao gosto do governante de plantão, sofrendo privações de mão-de-obra-qualificada, limitação à contratação de assessoria técnica, bem como a expansão da fiscalização. Estas autarquias, em especial a ANEEL, já provaram relevantes serviços, porém pela falta de uma autonomia financeira, muitas das vezes sofrem o fenômeno

da “captura” pelo próprio governo, que as obriga a atuar na direção que lhe interessa politicamente, contrariando importantes análises técnica e jurídica.

As agências e, em especial, a ANEEL sofrem com o contingenciamento. Isto deve ser revisto, pois a autonomia técnica exige a financeira, não existindo uma sem a outra.

O governo/legislador que tem por objetivo precípua firmar, garantir e implementar a segurança jurídica, com seu constante intervir nos diversos setores, principalmente sem ouvir os principais interessados, mas apenas preocupados com agendas imediatistas, tem contribuído para a insegurança, vez que, por se tratarem de setores altamente complexos, que envolvem uma multiplicidade de interesses e técnicas – não só jurídicas -, vem se transformando em um interventor sem qualificação técnica, o que deve ser evitado com a profissionalização da função pública e a autonomia financeira das agências reguladoras.

Portanto, a segurança jurídica se fundamenta numa coerência intimamente ligada a segurança e coerência discursiva e prática dos órgãos decisores e julgadores: se estas decisões não forem coerentes - tanto os Tribunais, quanto o governo -, se não houver transparência, democracia ou justificação viável para a tomada de decisão e, para que isso ocorra reforça-se a imperiosa necessidade de que os quadros tenham conhecimento de sua função, ou não haverá segurança jurídica. Agrave-se que, a cada fim de mandato se renovam os quadros sem comprometimento com a melhoria dos serviços públicos prestados.<sup>247</sup>

Comprometimento e respeito ao avençado pela própria Administração Pública e das respectivas agências reguladoras pois, se não há segurança jurídica na administração quanto a observância daquilo que contratou, não poderá esta garantir a segurança jurídica de outrem. Não é irrelevante o fato de que o Poder Executivo Federal é o maior “cliente” do Supremo Tribunal Federal, com lides que vão de direito dos contribuintes até questões indenizatórias e previdenciárias. Sempre o governo usando a suposta “demora” na prestação judicial para se beneficiar e pagar muito tempo depois do direito concedido.

Reafirma-se que, no Direito brasileiro, a questão da *profissionalização da função pública* encontra-se intimamente ligada aos postulados constitucionais,<sup>248</sup> portanto deve-se observar a independência do serviço público não como empecilho ao gestor de plantão, mas como obediência aos cânones constitucionais.

---

<sup>247</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública no Brasil. A&C. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 12, p. 9-17, 2003.

<sup>248</sup> BACELLAR FILHO, op. cit. pp. 9-17.

Se assim for, haverá maior confiança no Estado brasileiro, evitando especulações, muito comuns na atualidade, que geram desconfiança e, por isso, nenhum investidor se arrisca a vir a aportar ou permanecer no Brasil.

Neste sentido, pode-se observar que a Segurança Jurídica confunde-se, não só com o Estado Democrático de Direito, mas também com o que se crê ser o esteio dos Direitos e Garantias Fundamentais. O papel do Direito Administrativo é fundamental para a cristalização destes direitos, visto que seus cânones asseguram a igualdade formal e material entre o Estado e seus concidadãos, que fundamentam sua existência.

Fica também mais uma lúcida lição do Prof. Bacellar Filho que, em excelente doutrina, assevera que a Administração Pública – e suas respectivas Políticas Públicas<sup>249</sup> – devem sofrer o controle da população, como ordena os cânones da Constituição Federal que vincula a uma administração pública “democrática razão pela qual garante a participação dos cidadãos na gestão da coisa pública”.<sup>250</sup>

O Setor Elétrico Brasileiro – SEB vem sendo bombardeado, ao longo de sua existência, por Decretos-leis e Medidas Provisórias que, invariavelmente, resolvem algo de imediato, são direcionadas para aquele momento ou fato. Atualmente, quando uma MP é editada, a pergunta é sempre presente: à quem (ou a que caso concreto) se dirige esta “norma”? Desde a fase neoliberal até o momento, toda a legislação estruturante do Setor Elétrico Brasileiro, que configura a atual base normativa, ou da qual se pode retirar a norma, advém de Medidas Provisórias.<sup>251</sup>

Conjugando-se os fatores acima declinados – fenômeno da baixa constitucionalidade, legislação advinda de atos unilaterais, ausência do consenso com a sociedade etc., é patente a constatação de que não há compromisso com a segurança jurídica sempre que os agentes setoriais são surpreendidos e, fatalmente, esta conta tem sido remunerada diretamente pelos consumidores e, indiretamente, pelo contribuintes. Isso obriga a seguinte reflexão: seria desejável um conhecimento antecipado das mudanças propostas para o aperfeiçoamento setorial, ou seja: agentes, governo, consumidores e cidadãos devem receber o Estudo de Impacto Regulatório – EIR, já muito comum nos países desenvolvidos, porém pouco utilizado entre nós.

---

<sup>249</sup> Vide Decreto 8.243, de 23 de maio de 2014 que Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências.

<sup>250</sup> BACELLAR, FILHO, Romeu Felipe. O Controle da Administração Pública. Op. cit. pp. 43.

<sup>251</sup> BRASIL. **Lei n. 8.981**, de 20 de janeiro de 1995c. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8981.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8981.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014. Conversão da Medida Provisória nº 812, de 1994, regulada pelo Decreto nº 3.048, de 1999, Altera a legislação tributária Federal e dá outras providências;(...)

Assim, a ideia de segurança jurídica nas concessões brasileiras baseia-se em um tripé, consagrado pela doutrina: 1ª) A lei; 2ª) O contrato; e 3ª) Um sistema autônomo imparcial e eficiente de solução de conflitos; 4º) A existência clara de um sistema de competências bem definido; e 5º) Garantia de participação democrática na formação e na tomada de decisões setoriais. Portanto, cumpridos estes requisitos crê-se que voltaria a se perceber a segurança jurídica para o privado/concessionário, possibilitando assim planejar e manejar “em nome próprio”<sup>252</sup> o contrato, revendo e garantindo o retorno financeiro exigido na alocação dos recursos investidos, além do respeito aos Direitos e Garantias Fundamentais.

---

<sup>252</sup> MELLO, op. cit., p. 717.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Ailius. **The Rational as Reasonable**. A Treatise on Legal Justification. Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo: D.Reidel, 1987.

AARNIO, Ailius Aarnio. “**La respuesta correcta única y el principio de la mayoría**”, en **Derecho, racionalidad y comunicación social**. Ensayos sobre filosofía del derecho. México: Fontamara, 1995.

ABRANTKOSKI RISTER, Carla. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. Translated by Julian Rivers. Oxford University Press, 2002.

ALLORIO, E. La certezza del diritto dell'economia. **Rivista del diritto dell'economia**, p. 1198-1212, 1956.

ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução Normativa n. 482**, de 17 de abril de 2012. Disponível em: < <http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2012482.pdf> >. Acesso em: 10 mar. 2014.

ARENDT, Hannah. **Economic Development**. An History of an Idea. Chicago-London: Chicago Univ. Press, 1987.

ALVARES, Walter Tolentino. Curso de Direito da Energia. São Paulo: Forum. 1976.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. **Revista de Direito Administrativo**, Ed. Renovar, v. 211, p. 65-77, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública no Brasil. A&C. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 12, p. 9-17, 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SILVA, Guilherme Amintas Pazinato da (Orgs.). **Direito Administrativo e Integração Regional**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 315p.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 492p.

BACELLAR FILHO, Rome Felipe. **O Controle da Administração Pública**. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2396/9.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

BANKOWSKI, Z. et al. (Eds). **Informatics and the Foundations of Legal Reasoning**. Dordrecht-Boston-London: Kluwer, 1995.



BARBERIS, Barberis, M. **II diritto come discorso e come comportamento**. Torino: Giappichelli, 1990.

BEARD, Charles Austin. **Una interpretazione economica della Costituzione (1913)**. Trad. it. Milano: Feltrinelli, 1959.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERTEA, Stefano. **Certeza del Diritto e Argomentazione Giuridica**. Catanzaro, Calabria, Itália: Rubbettino editore, 2002.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão de Serviços Públicos**. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2000.

BIANCHI, Alberto B. *La regulación económica*. Buenos: Ed. Aires, Ábaco, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: EDIPRO, 2001.

BONANATE L. la mutazione postmoderna della politica Internazionale. **Relazioni internazionali**, Relazioni internazionali", ano LIII, n. 8, 1989.

BRASIL. **Decreto n. 24.643**, de 10 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D24643.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D24643.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

BRASIL. **Lei n. 4.117**, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4117.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4117.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 5**, de 15 de agosto de 1995 - Altera o § 2º do art. 25 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc05.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc05.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

BRASIL. **Lei n. 8.031**, de 12 de abril de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8031.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

BRASIL. **Lei n. 8.984**, de 7 de fevereiro de 1995a. Estende a competência da Justiça do Trabalho (art. 114 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8984.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8984.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

BRASIL. **Lei n. 9.074**, de 7 de julho de 1995b. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

BRASIL. **Lei n. 8.981**, de 20 de janeiro de 1995c. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8981.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8981.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014

BRASIL. **Lei n. 9.472**, de 16 de julho de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

BUCHANAN, James M. **Freedom in Constitutional Contract**. Perspective of a Political Economist. London: Texas Univ. Press, 1978.

CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brançosos**” e **interconstitucionalidade**. Itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

CARDUCCI, Michelle. **Controllo parlamentare e teorie costituzionali**. Padova, Itália: CEDAM, 1996.

CARDUCCI, Michele (Org.). **Una costituzione da reinventare**. Temi brasiliani di critica costituzionale. Lecce-Cavallino: Pensa, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin . **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COHEN, Félix. **El Método Funcional en el Derecho**. Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1962.

CORSALE, M. Certezza del diritto. **Enciclopedia giuridica**. Roma: Istituto della enciclopedia italiana, 1988.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Il Método Comparativo**. Torino, Italia: Ed. G. Giappichelli, 2000.

CONTRERAS, Manuel. Sobre las transformaciones constitucionales y sus limites. **Rev. estudios pol.**, v. 16, 1980.

DE VERGOTTINI, Giuseppe. **Diritto costituzionale comparato**. Padova, Italia: Ed. CEDAM, 2013.

DENNINGER, E. **Diritti dell’uomo e legge fondamentale (1994)**. Torino: Giappichelli, 1998.

DENNINGER, E. State task and human rights. **Ratio Juris**, v. 12, n. 1, p. 1-10, mar. 1999.

ESTEBAN, Jorge. La función transformadora en las Constituciones occidentales. In: DÍEZ PICARO, L. (Cur.), **Constitución y economía (la ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales)**, Madrid: Cec, 1977.

FARALLI, C. Certezza del diritto o diritto alla certezza? **Materiali per una storia della cultura giuridica**, v. 27, n. 1, p. 89-104, 1997.

FARIAS, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993.

FASSÒ, G. **Storia della filosofia del diritto: Ottocento e novecento**. v. 3. Bologna: Il Mulino. 1988.

FASSÒ, Guido. **Storia della filosofia del diritto**. Torino: Laterza, 2001.

FENTON, J. **The Theory of the Social Compact and its Influence upon the American Revolution**. New York: Columbia Univ. Press, 1891.

FERRARI, Regina Maria Macedo Neri. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FIORI, José Luis. **Estados e moedas no desenvolvimento das nações**. Petrópolis: Vozes, 1999.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução Teórica da História do Direito**. Curitiba: ed. Juruá, 2005.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução Teórica à História do Direito**. 2. ed. Curitiba: Ed. Juruá. 2010.

FRANKENBERG, Gunter. **Autorität und Integration**. Zur Grammatik von Recht und Verfassung. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2003

FREITAS, Lourenço B. Manuel Vilhena. **O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração**. E as garantias contenciosas do seu co-contratante perante este exercício. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa – AAFDL, 2007.

FRIEDRICH, Hayek. Economics and Knowledge. **Economica**, London, v. IV, p 33-54, 1937.

FRIEDRICH, Hayek. **Individualism and Economic Order**. [1948]. Chicago: Chicago University Press, 1992.

FRIEDMAN, M.; FRIEDMAN, R. **Libertade de escolher**. O novo liberalismo econômico. Rio de Janeiro: Record, 1980.

GABARDO, Emerson. **O Princípio Constitucional da Eficiência**. São Paulo: Ed. Dialética, 2002.

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. v. 01.

GIANFORMAGGIO, L. Certeza del diritto. **Digesto.** Discipline privatistiche. Sezione civile. Torino: Utet, p. 274-278, 1988.

GIANNINI, M. S. Certeza pubblica. **Enciclopedia del diritto.** Milano: Giuffrè, p. 769-792. 1960.

GORDILLO, Agustín. **Introducción.** Disponível em: <www.gordillo.com>. Acesso em: 03 maio 2013.

GRAMSCI, Antonio. **Americanismo e fordismo, in Note sul Machiavelli, sulla politica e sullo Stato moderno.** Roma: Ed. Riuniti, 1971.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GROSSI, Paolo. **Introduzione al novecento giuridico.** Novecento giuridico: um século pos-moderno. Ed. Laterza: Torino. 2010.

GUEST, Stephen. **Ronald DWORKIN.** Trad. Luis Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2020.

HABERLE, Peter. **Die Entwicklungsländer im Prozess der Textaufendifferenzierung des Verfassungsstaates.** In *Verfassung und Rechte in Übersee; Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, 23. Jahrgang, 3, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990.

HABERMAS, Jurgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio.** Trad. Vamerireh Chacon. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

HABERMAS, Jurgen. **Entre Fatos e Normas (1992).** Cambridge: Polity Press, 1996.

HARRIS, J. W. **Legal Philosophies.** London: Butterworths, 1980.

HARTLEY, Trevor C. **The Foundations of European Community Law: An Introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Community:** Oxford University Press, 2010.

HARTWIG, Mattias. **La Costituzione come promessa del futuro.** Trad. it., in R. Bifulco, A. D'Aloia (cur.), *Un diritto per il futuro.* Napoli: Jovene, 2008.

HAYEK, Frederic Von. **Fundamentos da Liberdade.** Trad. Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Ed. Visão, 1983.

HEIDEMANN, F. G.; SALM, J. F. **Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise.** Brasília: Ed. UnB, 2009.

HELLER, Agnes. **La teoria dei bisogni in Marx.** Tra. it. Milano: Feltrinelli, 1974.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos: o Breve Seculo XX**. São Paulo: Ed. Cia. das Letras, 1994.

ISONI, Alessandro. **L'Autorità del carbone e dell acciaio**. Alle origini di una istituzione pubblica. Lecce-IT: Ed. Argo, 2006.

JORI, M.-PINTORE, A. **Manuale di teoria generale del diritto**. Torino: Giappichelli, 1985.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. v. IVI. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LAVAGNA, Carlo. **Costituzione e socialismo**. Bologna: il Mulino, 1977.

LÍRIO DO VALLE, V. R. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. **Verfassungslehre**. Tübingen: Mohr, 2000.

LOMBARDI VALLAURI, L. **Saggio sul diritto giurisprudenziale**. Milano: Giuffrè. 1975.

LONGO, M. Certezza del diritto. **Novissimo Digesto**. Torino: Unione tipografico editrice torinese, p. 124-129, 1966.

LOPEZ DE OÑATE, F. **La certezza del diritto (1942)**. Milano: Giuffrè. 1968.

LUZZATI, C. Dinamicità e certezza del diritto in Kelsen. **Sistemi statici e dinamici**. A cura di L. Gianformaggio. Torino: Giappichelli, p. 165-202. 1991.

KELSEN, Hans. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law**. Trad. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson. Ed. Oxford – UK: Clarendon Press, 1992.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes Editora, 1996.

MACCORMICK, N.; WEINBERGER, O. (1986). **Il diritto come istituzione**. Milano: Giuffrè, 1990.

MACCORMICK, N. Argumentation and Interpretation. **Law. Ratio Juris**, p. 16-29, 1993.

MASCAREÑO, Aldo. Teoría de sistemas de America Latina. Conceptos fundamentales para la descripción de una diferenciación funcional concéntrica. **Revista Persona y Sociedad**, Santiago de Chile, v. XVI, n. 2, p. 9-26, ago. 2001.

McDONALD, Forrest. **We, the People: the Economic Origins of the Constitution**. Chicago: Chicago UP, 1958.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

MOURLON, Frédéric. **Les Répétitions écrites sur le Code civil**. Paris : Garnier, 1955.

NAPOLITANO, Giulio. **Corso de Diritto Amministrativo**. Diretto da Sabino Cassese. Milano, Itália: Giuffrè Editore, 2007.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Accademica, 1994.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.  
OLIVEIRA, Francisco. O surgimento do antivalor. **CEBRAP**, São Paulo: Novos Estudos, n. 22, p. 8-28, 1988.

OLIVEIRA, M. C. P. (Orgs.). **Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global**. Petrópolis/São Paulo: Vozes/Fapesp/Nedic, 2012.

PACES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. **Doxa**, Alicante, n. 4, 1987.

PAPISCA, Antonio. Dallo stato confinário allo stato sostenibile. **Rivista “Pace, diritti dell'uomo» diritti dei popoli”**, ano VI, n. 3, 1994.

PATTARO, E. **Temi e problemi di filosofia del diritto**. Bologna: Clueb. 1994.

PECES BARBA, Gregório. **Teoria dei diritti fondamentali**. Milano: Giuffrè, 1993.

PECZENIK, Aleksander. **On Law and Reason**. Dordrecht-Boston-London: Kluwer, 1989.

PEGORARO, L. La tutela della certezza giuridica in alcune costituzioni contemporanee. In: **Scritti per U. Scarpelli**. A cura di M. Jori-L. Gianformaggio. Milano: Giuffrè, 1997. P. 705-742, p. 736.

PELAYO, M. García. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid:Alianza Universidad, 1977.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALVIEJO, Caroline. Droit Communautaire des Droits Fondamentaux. **Droit et Justice**, Bruilant, n. 26, 1999.

SCHMITT, Carl. **Il Nomos della terra (1950)**. Trad. it. Milano: Adelphi, 1991.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democrazia (1942)**. Trad. it. Milano: Etas Kompass, 1973.

SEN, Amartya. **La libertà individuale come impegno sociale (1987)**. Trad. it. 1990, ora. Roma-Bari: Laterza, 1997.

SERAINE, A. B. M. S.; SANTOS JÚNIOR, R. B.; MIYAMOTO, S. (Orgs.). **Estado, Desenvolvimento e Políticas Públicas**. Teresina: Edufpi, 2008.

STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: RT, 2013.

VILLAS BÔAS FILHO, O. **Teoria dos sistema e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VOLTAIRE, Jean Baptiste. **Dizionario filosofico**. Milano: A.Mondadori, 1762.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Aplicação Judicial do Direito**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Torino: Einaudi, 1992.