

SÉRGIO GUERRA

DISCRICIONARIEDADE, REGULAÇÃO E REFLEXIVIDADE

*Uma Nova Teoria sobre
as Escolhas Administrativas*

Prefácio
Tercio Sampaio Ferraz Junior

5ª
edição
revista e
atualizada



FÓRUM

Autor
Sérgio Guerra

DISCRICIONARIEDADE, REGULAÇÃO E REFLEXIVIDADE

Uma Nova Teoria sobre
as Escolhas Administrativas

Prefácio
Tercio Sampaio Ferraz Junior

5ª edição revista e atualizada

Área específica
DIREITO ADMINISTRATIVO.

Áreas afins
DIREITO PÚBLICO, DIREITO ADMINISTRATIVO,
DIREITO REGULATÓRIO, SERVIÇOS PÚBLICOS,
AGÊNCIAS REGULADORAS.

Público-alvo/consumidores
ESTUDANTES DE DIREITO (GRADUAÇÃO).
ADVOGADOS, PÚBLICOS E PRIVADOS.
ESTUDANTES DE CURSOS DE PÓS-
GRADUAÇÃO (ESPECIALIZAÇÃO, MESTRADO
E DOUTORADO). MAGISTRADOS, MEMBROS
DO MINISTÉRIO PÚBLICO, INTEGRANTES
DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL.

A eficiência, instituída como princípio cria, pois, uma forma peculiar de responsabilidade do Estado. Trata-se de uma imputação de competências, cujos limites estão na responsabilidade pela avaliação da solidariedade de meios e fins na emanação de atos normativos e reguladores. Tratando-se de alocar meios e fins específicos, é competência administrativa a serviço de uma decisão tomada entre várias alternativas políticas. [...] Com isso, a competência instrumental conferida ao Poder Público obriga-o a completar esse detalhamento, estabelecendo *fins tecnicamente viáveis* e encontrando os *meios adequados*, responsabilizando-se, afinal, pela relação solidária de meios e fins (responsabilidade pelo êxito). E nesse ponto entra o tema deste livro de Sérgio Guerra, precipuamente, o das *escolhas administrativas*. Voltar-se para os usados sentidos da *discricionariedade administrativa* parece, nesse contexto, abdicar-se o necessário repensar das velhas fórmulas e deixar de enfrentar os novos desafios, sobretudo no que diz respeito às complexidades regulatórias, quando batem de frente com escolhas impossíveis de se reduzir a decisões de *mera* conveniência e oportunidade. [...] Talvez com isso se possa ter uma pálida perspectiva do desafio a que se propõe Sérgio Guerra, ao voltar-se para a materialização de uma teoria capaz de identificar as novas exigências postas às escolhas administrativas, mormente pela elaboração de um novo instituto: a *escolha regulatória*. O tema tem, seguramente, grande impacto no estudo doutrinário do direito administrativo econômico, com capital relevância prática para a escolha administrativa em sede de setores complexos, nos quadros do sistema jurídico em nosso país. Certamente se trata de uma obra cujo conteúdo vai muito além deste simples prefácio, dada a erudição jurídica no trato da temática e a capacidade de fina reflexão, reveladas pelo autor. Com quem me congratulo pela quarta edição alcançada por este livro inovador.

Tercio Sampaio Ferraz Junior

FORMATO: 14,5 × 21,5 cm
CÓDIGO: 10001447

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

G934d Guerra, Sergio

Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas / Sergio Guerra. – 5. ed. rev. e atual. – Belo Horizonte : Fórum, 2018.

480 p. ; 14,5cm × 21,5cm.

ISBN: 978-85-450-0511-7

1. Direito. 2. Direito Administrativo. 3. Direito Público. 4. Direito Regulatório. 5. Serviços Públicos. 6. Agências Reguladoras. I. Título.

2018-669

CDD 342

CDU 342

Elaborado por Vagner Rodolfo da Silva – CRB-8/9410

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 5. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 480 p. ISBN 978-85-450-0511-7.

Sérgio Guerra é Pós-Doutor (*Visiting Researcher* pela Yale Law School). Doutor e Mestre em Direito. Pós-Doutor em Administração Pública. Diretor e Professor Titular de Direito Administrativo da Escola de Direito do Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas. Embaixador no Brasil da Yale University. Editor da *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Coordenador do Curso *International Business Law*, da Universidade da Califórnia (Irvine). Consultor Jurídico da OAB/RJ na Comissão de Direito Administrativo. Membro Vogal da Comissão de Arbitragem e Árbitro da Câmara FGV de Mediação e Arbitragem. Árbitro da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná. Árbitro do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Autor de diversos livros e artigos jurídicos. Em virtude de sua experiência advocatícia de 32 anos é requisitado parecerista, tem sido convidado para ministrar inúmeras palestras e integrar bancas de concursos públicos.

PREFÁCIO DA 4ª EDIÇÃO Tercio Sampaio Ferraz Junior	13
PREFÁCIO DA 2ª EDIÇÃO Diogo de Figueiredo Moreira Neto	19
PREFÁCIO DA 1ª EDIÇÃO Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Marcos Juruena Villela Souto.	21
APRESENTAÇÃO DA 5ª EDIÇÃO Sérgio Guerra	25
APRESENTAÇÃO DA 4ª EDIÇÃO Sérgio Guerra	29
APRESENTAÇÃO DA 3ª EDIÇÃO Sérgio Guerra	31
APRESENTAÇÃO DA 2ª EDIÇÃO Sérgio Guerra	33
INTRODUÇÃO	35
CAPÍTULO 1 EVOLUÇÃO DA ESCOLHA ADMINISTRATIVA NO ESTADO DE DIREITO	51
1.1 Escolha absolutamente vinculada da Administração Pública à lei no constitucionalismo oitocentista francês.....	53
1.1.1 Proeminência do Poder Legislativo francês: o primado da lei	56
1.1.2 Limitação executiva estatal na ordem econômica francesa	59
1.1.3 Sistematização das leis em códigos.....	61
1.2 Projeção do Poder Executivo e abertura normativa primária para a aplicação da escolha administrativa relativamente vinculada	62
1.2.1 Impossibilidade do esgotamento de todas as hipóteses a serem objeto de ordenação executiva pela lei	65
1.3 Evolução da escolha administrativa determinativa de conceitos legais	69
1.3.1 Confronto entre a teoria da multivalência e a teoria da univocidade	71
1.4 Ápice da ampliação da escolha administrativa no modelo intervencionista por meio da discricionariedade administrativa	72
1.4.1 A constituição francesa de 1848 e o Estado do Bem-Estar Social	73
1.4.2 Concepções do Estado Social no século XX: o protagonismo do Poder Executivo.....	75
1.4.3 Margem de livre apreciação da norma legal pelo administrador público: vinculação negativa e vinculação positiva à lei.....	79
1.4.4 Estruturação do instituto da discricionariedade administrativa sob o binômio conveniência/ oportunidade.....	81

1.4.5	Evolução da discricionariedade administrativa no Brasil seguindo a doutrina francesa	90
1.4.6	Modalidades de discricionariedade administrativa e sua repercussão no controle	97
1.4.6.1	Discricionariedade política	98
1.4.6.2	Discricionariedade de gestão	104
1.4.6.3	Discricionariedade tática.....	106
1.4.6.4	Discricionariedade técnica.....	107
1.4.6.5	Discricionariedade regulamentar	109
1.5	Regulação administrativa: a nova categoria de escolha pelo administrador público	111
1.5.1	Premissas da pós-modernidade e seus impactos no modelo econômico e social estatal: a importância da escolha regulatória	115
1.5.1.1	Modelo neoliberal: adesão à moda brasileira	121
1.5.1.2	Novo constitucionalismo brasileiro e sua função reguladora	125
1.5.2	Pós-modernidade, regulação e direito administrativo: uma releitura obrigatória	133
1.5.3	Novas funções estatais propícias às escolhas regulatórias.	139
1.5.4	Formulando um conceito sobre a escolha regulatória	146
1.5.5	Desafio da complexidade e tecnicidade para a Administração Pública.....	146
1.5.6	Maleabilidade normativa	149
1.5.7	Fundamentos jurídicos da regulação estatal de atividades econômicas no atual constitucionalismo brasileiro.....	153
1.5.8	Novas tecnologias e assimetria regulatória	156
1.6	Conclusão parcial.....	159

CAPÍTULO 2

CRÍTICAS E PROPOSTAS ACERCA DOS INSTRUMENTOS CLÁSSICOS E MODERNOS QUE CONFORMAM A ESCOLHA ADMINISTRATIVA

		163
2.1	Crítica à aplicação do princípio legalitário iluminista nos tempos atuais	165
2.1.1	Ortodoxia kelseniana	166
2.1.2	Reserva de lei	173
2.1.3	Distanciamento do circuito legiferante das especificidades tecnológicas e do caso concreto submetido à regulação	175
2.2	Crítica à configuração da escolha determinativa de conceito jurídico e de seu correspondente instituto de integração da norma na busca da única solução regulatória possível.....	182
2.3	Crítica à escolha discricionária no pós-positivismo do século XXI.....	193
2.4	Crítica à doutrina que enquadra a escolha regulatória estatal na teoria da discricionariedade técnica.....	203
2.5	Crítica à teoria dos regulamentos administrativos como fundamento para o exercício da escolha regulatória estatal	207
2.5.1	Inaplicabilidade da delegação legislativa.....	208
2.5.2	Inaplicabilidade do enquadramento da normativa regulatória como função regulamentar, de execução ou autônoma	215
2.5.3	Enquadramento dos regulamentos no sítio da discricionariedade administrativa.....	223
2.5.4	Manifestações do Supremo Tribunal Federal sobre a juridicidade da escolha regulatória	231

2.6	Bases da escolha regulatória compatíveis com os preceitos da pós-modernidade	238
2.6.1	Busca da legitimidade da escolha regulatória no atual contexto jurídico-constitucional por meio da deslegalização	248
2.6.2	Nova fórmula de sustentação da escolha regulatória: a <i>reflexividade administrativa</i> sob o binômio prevenção/ mediação	254
2.6.2.1	Primeira dimensão: a prevenção.....	265
2.6.2.2	Segunda dimensão: a mediação.....	265
2.6.2.3	Contornos da reflexividade administrativa	267
2.6.3	Ampliação dos espaços propícios à prática da nova categoria de escolha administrativa vis-à-vis o controle jurisdicional	274
2.6.3.1	Dicotomia (ou antinomia?) entre as escolhas regulatórias e as escolhas políticas	284
2.7	Conclusão parcial.....	290

CAPÍTULO 3

	“NOVA HERMENÊUTICA” E A CONSTITUCIONALIDADE DA REGULACÃO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS E SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL POR ENTIDADES ADMINISTRATIVAS DOTADAS DE CERTA INDEPENDÊNCIA	297
3.1	Direito administrativo na pós-modernidade e a controversa constitucionalidade da regulação de atividades econômicas e serviços públicos, exercida por entidades descentralizadas da Administração Pública e dotadas de autonomia.....	307
3.2	Hermenêutica voltada ao desafio de sustentar a constitucionalidade do modelo regulatório brasileiro	312
3.2.1	Positivacão constitucional da funçao regulatória.....	316
3.3	Método de trabalho para concretizaçao constitucional do modelo de regulação brasileiro.....	320
3.3.1	Notas introdutórias acerca do método de interpretação positivista	320
3.3.2	Métodos de trabalho do direito constitucional pós-nazismo para a estruturaçao de uma fórmula ideal de interpretação e concretizaçao da regulação na Constituiçao Federal do Brasil de 1988	326
3.3.3	Força normativa da Constituiçao na visao de Konrad Hesse e o atual sistema de regulação brasileiro.....	333
3.3.3.1	Normatividade e força condicionante da realidade constitucional brasileira em termos de regulação administrativa.....	336
3.3.4	Metódica e âmbito da norma na teoria estruturante do direito de Friedrich Müller aplicada à regulação de atividades econômicas pelas entidades reguladoras brasileiras	338
3.3.4.1	Metódica na formataçao regulatória brasileira.....	340
3.3.5	Interpretaçao pluralista e aberta da regulação no Brasil à luz da teoria de Peter Häberle.....	346
3.3.6	Modelo material-procedimental com base na teoria principiológica de Robert Alexy	348
3.3.6.1	Constituiçao como ordem marco. Os modelos puramente procedimental e puramente material.....	349
3.3.6.2	Modelo material-procedimental de Alexy	351
3.3.6.3	Margem de eleiçao dos <i>fins</i> da intervençao regulatória.....	352
3.3.6.4	Modelo regulatório eleito pelo Poder Legislativo como <i>meio</i> para a garantia dos direitos fundamentais	354

3.3.6.5	Margem para a <i>ponderação</i> da regulação descentralizada: <i>adequação, necessidade e proporcionalidade estrita</i> na satisfação dos princípios que regem a regulação	359
3.4	Conclusão parcial.....	363
CAPÍTULO 4		
SEGURANÇA JURÍDICA NA REGULAÇÃO ESTATAL DE ATIVIDADES ECONÔMICAS.....		
		367
4.1	Segurança (ou insegurança) que se experimenta na atual ambivalência e subsidiariedade da sociedade de riscos	380
4.2	Contornos clássicos da segurança jurídica: certeza e estabilidade das relações e situações jurídicas	384
4.3	Busca da segurança jurídica na teoria principiológica.....	388
4.4	Busca da segurança jurídica em bases axiológicas.....	397
4.5	Caráter axiológico da segurança jurídica no contexto regulatório estatal brasileiro.....	403
4.6	Regulação nos contextos objetivo e subjetivo da segurança jurídica	407
4.6.1	Aspectos de natureza objetiva da segurança jurídica nas escolhas regulatórias	408
4.6.2	Aspectos de natureza subjetiva da segurança jurídica nas escolhas regulatórias	418
4.7	Mecanismos para conter incerteza e imprevisibilidade na regulação	422
4.7.1	Mitigação da abertura dos espaços para escolhas administrativas por meio da procedimentalização e previsibilidade técnica	423
4.7.2	Sistema formal para edição de normas regulatórias.....	426
4.8	Conclusão parcial.....	429
CONCLUSÃO		
		433
REFERÊNCIAS.....		
		445
TRABALHOS PUBLICADOS PELO AUTOR.....		
		473