



SÉRGIO GUERRA

DISCRICIONARIEDADE, REGULAÇÃO E REFLEXIVIDADE

UMA NOVA TEORIA SOBRE AS ESCOLHAS ADMINISTRATIVAS

Prefácio

Tercio Sampaio Ferraz Junior

6ª edição revista e atualizada

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 emanção 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

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.

FORMATO: 14,5 × 21,5 cm
CÓDIGO: 10002994

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

G934d	Guerra, Sérgio
	Discricionabilidade, regulação e reflexividade: uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas / Sérgio Guerra. - 6. ed. rev. e atual. - Belo Horizonte : Fórum, 2021. 501p. ; 14,5cm x 21,5cm. ISBN: 978-65-5518-181-4
2018-669	1. Direito. 2. Direito Administrativo. 3. Direito Público. 4. Direito Regulatório. 5. Serviços Públicos. 6. Agências Reguladoras. I. Título.
	CDD 342 CDU 342

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

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GUERRA, Sérgio. *Discricionabilidade, regulação e reflexividade: uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas*. 6. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 501p. ISBN 978-65-5518-181-4.

Sérgio Guerra

Visiting Researcher (Yale Law School), com pós-doutorado em Administração Pública. Doutor e mestre em Direito. 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 do Conselho Federal da OAB na Comissão Especial de Obras, Concessões e Controle da Administração Pública. Consultor jurídico da OAB/RJ na Comissão de Direito Público. Membro da Coordenação Estadual das Relações Brasil-China da OAB-RJ. 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. Tem atuação, também, em arbitragem junto à CCI (Câmara de Comércio Internacional).

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 6ª EDIÇÃO	
Sérgio Guerra	25
APRESENTAÇÃO DA 5ª EDIÇÃO	
Sérgio Guerra	27
APRESENTAÇÃO DA 4ª EDIÇÃO	
Sérgio Guerra	31
APRESENTAÇÃO DA 3ª EDIÇÃO	
Sérgio Guerra	33
APRESENTAÇÃO DA 2ª EDIÇÃO	
Sérgio Guerra	35
INTRODUÇÃO	37
I Mudanças que pressionam o direito administrativo.....	38
II Novo marco teórico para o direito administrativo	41
III Influências, transformações, mutações e alargamentos do direito administrativo	44
IV Problematização e hipótese da pesquisa	47
V Estruturação da pesquisa.....	51
CAPÍTULO 1	
EVOLUÇÃO DA ESCOLHA ADMINISTRATIVA NO ESTADO DE DIREITO.....	53
1.1 Escolha absolutamente vinculada da Administração Pública à lei no constitucionalismo oitocentista francês	55
1.1.1 Proeminência do Poder Legislativo francês: o primado da lei.....	58
1.1.2 Limitação executiva estatal na ordem econômica francesa	61
1.1.3 Sistematização das leis em códigos.....	63
1.2 Projeção do Poder Executivo e abertura normativa primária para a aplicação da escolha administrativa relativamente vinculada.....	64
1.2.1 Impossibilidade do esgotamento de todas as hipóteses a serem objeto de ordenação executiva pela lei	67
1.3 Evolução da escolha administrativa determinativa de conceitos legais	71
1.3.1 Confronto entre a teoria da multivalência e a teoria da univocidade	73
1.4 Ápice da ampliação da escolha administrativa no modelo intervencionista por meio da discricionariedade administrativa	75
1.4.1 A constituição francesa de 1848 e o Estado do Bem-Estar Social.....	76
1.4.2 Concepções do Estado Social no século XX: o protagonismo do Poder Executivo	78
1.4.3 Conceituação do instituto da discricionariedade administrativa.....	82

1.4.3.1	Base da escolha discricionária: o binômio oportunidade e conveniência	85
1.4.4	Margem de livre apreciação da norma legal pelo administrador público: vinculação negativa e vinculação positiva à lei	90
1.4.5	Evolução da discricionariedade administrativa no Brasil seguindo a doutrina francesa	93
1.4.6	Modalidades de discricionariedade administrativa e sua repercussão no controle	101
1.4.6.1	Discricionariedade política.....	102
1.4.6.2	Discricionariedade de gestão	109
1.4.6.3	Discricionariedade tática	110
1.4.6.4	Discricionariedade técnica.....	111
1.4.6.5	Discricionariedade regulamentar	114
1.4.6.6	Discricionariedade consensual.....	116
1.5	Regulação administrativa: incursões propícias à nova categoria de escolha pelo administrador público	117
1.5.1	Premissas da pós-modernidade e seus impactos no modelo econômico e social estatal: a importância da escolha regulatória	122
1.5.1.1	Modelo neoliberal: adesão à moda brasileira	128
1.5.1.2	Novo constitucionalismo brasileiro e sua função reguladora.....	132
1.5.2	Pós-modernidade, regulação e direito administrativo: uma releitura obrigatória.....	140
1.5.3	Novas funções estatais propícias às escolhas regulatórias	146
1.5.4	Formulando um conceito sobre a escolha regulatória	153
1.5.5	Desafio da complexidade e tecnicidade para as escolhas administrativas.....	154
1.5.6	Maleabilidade normativa nas escolhas regulatórias.....	156
1.5.7	Fundamentos jurídicos da regulação estatal de atividades econômicas no atual constitucionalismo brasileiro	160
1.5.8	Novas tecnologias e assimetria regulatória	164
1.6	Conclusão parcial.....	167

CAPÍTULO 2

	CRÍTICAS E PROPOSTAS ACERCA DOS INSTRUMENTOS CLÁSSICOS E MODERNOS QUE CONFORMAM A ESCOLHA ADMINISTRATIVA	171
2.1	Crítica à aplicação do princípio legalitário iluminista nos tempos atuais.....	173
2.1.1	Ortodoxia kelseniana	174
2.1.2	Reserva de lei.....	181
2.1.3	Distanciamento do circuito legiferante das especificidades tecnológicas e do caso concreto submetido à regulação	183
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.....	190
2.3	Crítica à escolha discricionária no pós-positivismo do século XXI ..	201
2.4	Crítica à doutrina que enquadra a escolha regulatória estatal na teoria da discricionariedade técnica.....	212
2.5	Crítica à teoria dos regulamentos administrativos como fundamento para o exercício da escolha regulatória estatal	216
2.5.1	Inaplicabilidade da delegação legislativa.....	218
2.5.2	Inaplicabilidade do enquadramento da normativa regulatória como função regulamentar, de execução ou autônoma.....	224
2.5.3	Enquadramento dos regulamentos no sítio da discricionariedade administrativa	233
2.5.4	Manifestações do Supremo Tribunal Federal sobre a juridicidade da escolha regulatória	240
2.5.4.1	ADI nº 5.501-DF: regulação do uso da fosfoetanolamina sintética pela ANVISA	241

2.5.4.2	ACO 2865-RJ: regulação da indústria do petróleo pela ANP.....	244
2.5.4.3	ADI nº 4.923-DF: regulação da TV por assinatura pela ANCINE ...	245
2.5.4.4	ADI nº 4.093-SP: regulação de artigos de conveniência em farmácias pela ANVISA.....	248
2.5.4.5	ADI nº 2.095-RS: Regulação de saneamento básico pela AGERGS...	249
2.5.4.6	ADI nº 4.874 – regulação setorial do tabaco pela ANVISA.....	251
2.5.4.7	RE 1083955 AGr-DF: revisão judicial das decisões do CADE.....	257
2.6	Bases da escolha regulatória compatíveis com os preceitos da pós-modernidade.....	258
2.6.1	Busca da legitimidade da escolha regulatória no atual contexto jurídico-constitucional por meio da deslegalização	267
2.6.2	Nova fórmula de sustentação da escolha regulatória: <i>a reflexividade administrativa</i> sob o binômio prevenção/mediação.....	273
2.6.2.1	Primeira dimensão da reflexividade administrativa: a prevenção regulatória.....	284
2.6.2.2	Segunda dimensão da reflexividade administrativa: a mediação regulatória.....	285
2.6.2.3	Contornos da reflexividade administrativa	288
2.6.3	Ampliação dos espaços propícios à prática da nova categoria de escolha administrativa vis-à-vis o controle jurisdicional	294
2.6.3.1	Dicotomia (ou antinomia?) entre as escolhas regulatórias e as escolhas políticas.....	305
2.7	Conclusão parcial.....	310

CAPÍTULO 3

	CONSTITUCIONALIDADE DA REGULAÇÃO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS E SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL POR ENTIDADES ADMINISTRATIVAS DOTADAS DE CERTA INDEPENDÊNCIA	317
3.1	Direito administrativo na pós-modernidade e a controvertida constitucionalidade da regulação de atividades econômicas e serviços públicos, exercida por entidades descentralizadas da Administração Pública e dotadas de autonomia	327
3.2	Hermenêutica voltada ao desafio de sustentar a constitucionalidade do modelo regulatório brasileiro	332
3.2.1	Positivização constitucional da função regulatória.....	336
3.3	Método de trabalho para concretização constitucional do modelo de regulação brasileiro.....	340
3.3.1	Notas introdutórias acerca do método de interpretação positivista	340
3.3.2	Métodos de trabalho do direito constitucional pós-nazismo para a estruturação de uma fórmula ideal de interpretação e concretização da regulação na Constituição Federal do Brasil de 1988.....	346
3.3.3	Força normativa da Constituição na visão de Konrad Hesse e o atual sistema de regulação brasileiro.....	353
3.3.3.1	Normatividade e força condicionante da realidade constitucional brasileira em termos de regulação administrativa.....	357
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	358
3.3.4.1	Metódica na formatação regulatória brasileira	360
3.3.5	Interpretação pluralista e aberta da regulação no Brasil à luz da teoria de Peter Häberle.....	366
3.3.6	Modelo material-procedimental com base na teoria principiológica de Robert Alexy	368
3.3.6.1	Constituição como ordem marco. Os modelos puramente procedimental e puramente material.....	370
3.3.6.2	Modelo material-procedimental de Alexy	371
3.3.6.3	Margem de eleição dos fins da intervenção regulatória	373
3.3.6.4	Modelo regulatório eleito pelo Poder Legislativo como <i>meio</i> para a garantia dos direitos fundamentais	374

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	379
3.4	Conclusão parcial.....	383

CAPÍTULO 4

SEGURANÇA JURÍDICA NA REGULAÇÃO ESTATAL DE ATIVIDADES ECONÔMICAS.....		387
4.1	Segurança (ou insegurança) que se experimenta na atual ambivalência e subsidiariedade da sociedade de riscos	400
4.2	Contornos clássicos da segurança jurídica: certeza e estabilidade das relações e situações jurídicas.....	404
4.3	Busca da segurança jurídica na teoria principiológica	408
4.4	Busca da segurança jurídica em bases axiológicas	417
4.5	Caráter axiológico da segurança jurídica no contexto regulatório estatal brasileiro	423
4.6	Regulação nos contextos objetivo e subjetivo da segurança jurídica.....	426
4.6.1	Aspectos de natureza objetiva da segurança jurídica nas escolhas regulatórias	428
4.6.2	Aspectos de natureza subjetiva da segurança jurídica nas escolhas regulatórias	436
4.7	Mecanismos para conter incerteza e imprevisibilidade na regulação	440
4.7.1	Mitigação da abertura dos espaços para escolhas administrativas por meio da reflexividade (processualização dos processos e procedimentalização).....	441
4.7.2	Sistema formal para edição de normas regulatórias	444
4.8	Conclusão parcial.....	447
CONCLUSÃO.....		451
REFERÊNCIAS.....		463
TRABALHOS PUBLICADOS PELO AUTOR		493