

SÉRGIO GUERRA

DISCRICIONARIEDADE, REGULAÇÃO E REFLEXIVIDADE

Uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas

Prefácio

Tercio Sampaio Ferraz Junior

7ª edição revista, ampliada e atualizada

FORUM

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 *discricionariiedade 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

SÉRGIO GUERRA

DISCRICIONARIEDADE, REGULAÇÃO E REFLEXIVIDADE

UMA NOVA TEORIA SOBRE AS ESCOLHAS ADMINISTRATIVAS

Prefácio

Tercio Sampaio Ferraz Junior

7ª edição revista, ampliada e atualizada

Área específica

DIREITO ADMINISTRATIVO.

Áreas afins

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

FORMATO: 17 × 24 cm

CÓDIGO: 10003557

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.

Tercio Sampaio Ferraz Junior

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. - 7. ed. rev. ampl. e atual. - Belo Horizonte : Fórum, 2023. 520p. ; 14,5cm x 21,5cm. ISBN: 978-65-5518-507-2
	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, Sergio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2023. 520p. ISBN 978-65-5518-507-2.

Sérgio Guerra

Diretor e professor titular de Direito Administrativo da Escola de Direito do Rio de Janeiro, da Fundação Getulio Vargas. *Visiting Researcher* (Yale Law School), com pós-doutorado em Administração Pública. Doutor e mestre em Direito. Embaixador no Brasil da Yale University. Editor da *Revista de Direito Administrativo* – RDA. 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).

SUMÁRIO

PREFÁCIO DA 4ª EDIÇÃO	
Tércio 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 7ª EDIÇÃO	
Sérgio Guerra	25
APRESENTAÇÃO DA 6ª EDIÇÃO	
Sérgio Guerra	27
APRESENTAÇÃO DA 5ª EDIÇÃO	
Sérgio Guerra	29
APRESENTAÇÃO DA 4ª EDIÇÃO	
Sérgio Guerra	33
APRESENTAÇÃO DA 3ª EDIÇÃO	
Sérgio Guerra	35
APRESENTAÇÃO DA 2ª EDIÇÃO	
Sérgio Guerra	37
INTRODUÇÃO	39
I Mudanças que pressionam o direito administrativo	40
II Novo marco teórico para o direito administrativo.....	43
III Influências, transformações, mutações e alargamentos do direito administrativo.....	46
IV Problematização e hipótese da pesquisa.....	49
V Estruturação da pesquisa	54
CAPÍTULO 1	
EVOLUÇÃO DA ESCOLHA ADMINISTRATIVA NO ESTADO DE DIREITO	57
1.1 Escolha absolutamente vinculada da Administração Pública à lei no constitucionalismo oitocentista francês	59
1.1.1 Proeminência do Poder Legislativo francês: o primado da lei	62
1.1.2 Limitação executiva estatal na ordem econômica francesa.....	65
1.1.3 Sistematização das leis em códigos.....	67
1.2 Projeção do Poder Executivo e abertura normativa primária para a aplicação da escolha administrativa relativamente vinculada	68
1.2.1 Impossibilidade do esgotamento de todas as hipóteses a serem objeto de ordenação executiva pela lei	72
1.3 Evolução da escolha administrativa determinativa de conceitos legais	76
1.3.1 Confronto entre a teoria da multivalência e a teoria da univocidade.....	78
1.4 Ápice da ampliação da escolha administrativa no modelo intervencionista por meio da discricionariedade administrativa.....	79

1.4.1	A constituição francesa de 1848 e o Estado do Bem-Estar Social	80
1.4.2	Concepções do Estado Social no século XX: o protagonismo do Poder Executivo	82
1.4.3	Conceituação do instituto da discricionariedade administrativa.....	86
1.4.3.1	Base da escolha discricionária: o binômio oportunidade e conveniência e mérito do ato administrativo	89
1.4.4	Margem de livre apreciação da norma legal pelo administrador público: vinculação negativa e vinculação positiva à lei	95
1.4.5	Evolução da discricionariedade administrativa no Brasil seguindo a doutrina francesa.....	97
1.4.6	Modalidades de discricionariedade administrativa e sua repercussão no controle.....	106
1.4.6.1	Discricionariedade política	106
1.4.6.2	Discricionariedade de gestão	113
1.4.6.3	Discricionariedade tática	115
1.4.6.4	Discricionariedade técnica	116
1.4.6.5	Discricionariedade regulamentar.....	119
1.4.6.6	Discricionariedade consensual	121
1.5	Regulação administrativa: incursões propícias à nova categoria de escolha pelo administrador público	123
1.5.1	Premissas da pós-modernidade e seus impactos no modelo econômico e social estatal: a importância da escolha regulatória	128
1.5.1.1	Modelo neoliberal: adesão à moda brasileira.....	135
1.5.1.2	Novo constitucionalismo brasileiro e sua função reguladora	139
1.5.2	Pós-modernidade, regulação e direito administrativo: uma releitura obrigatória	147
1.5.3	Novas funções estatais propícias às escolhas regulatórias.....	153
1.5.4	Formulando um conceito sobre a escolha regulatória	160
1.5.5	Desafio da complexidade e tecnicidade para as escolhas administrativas	161
1.5.6	Maleabilidade normativa nas escolhas regulatórias	163
1.5.7	Fundamentos jurídicos da regulação estatal de atividades econômicas no atual constitucionalismo brasileiro	167
1.5.8	Novas tecnologias e assimetria regulatória	171
1.6	Conclusão parcial	173

CAPÍTULO 2

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

		179
2.1	Crítica à aplicação do princípio legalitário iluminista nos tempos atuais	181
2.1.1	Ortodoxia kelseniana	183
2.1.2	Reserva de lei	189
2.1.3	Distanciamento do circuito legiferante das especificidades tecnológicas e do caso concreto submetido à regulação	192
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	199
2.3	Crítica à escolha discricionária no pós-positivismo do século XXI.....	210
2.4	Crítica à doutrina que enquadra a escolha regulatória estatal na teoria da discricionariedade técnica	220
2.5	Crítica à teoria dos regulamentos administrativos como fundamento para o exercício da escolha regulatória estatal	225
2.5.1	Inaplicabilidade da delegação legislativa	226
2.5.2	Inaplicabilidade do enquadramento da normativa regulatória como função regulamentar, de execução ou autônoma	232
2.5.3	Enquadramento dos regulamentos no sítio da discricionariedade administrativa	241

2.5.4	Enquadramento da materialização da escolha regulatória como norma de regulação.....	243
2.5.5	Legitimidade da escolha regulatória no atual contexto jurídico-constitucional por meio da deslegalização	249
2.6	Manifestações do Supremo Tribunal Federal sobre a juridicidade da escolha regulatória.....	255
2.6.1	ADI nº 5.501-DF: regulação do uso da fosfoetanolamina sintética pela ANVISA.....	256
2.6.2	ACO 2865-RJ: regulação da indústria do petróleo pela ANP	259
2.6.3	ADI nº 4.923-DF: regulação da TV por assinatura pela ANCINE	261
2.6.4	ADI nº 4.093-SP: regulação de artigos de conveniência em farmácias pela ANVISA.....	263
2.6.5	ADI nº 2.095-RS: regulação de saneamento básico pela AGERGS.....	265
2.6.6	ADI nº 4.874: regulação setorial do tabaco pela ANVISA	267
2.6.7	RE nº 1083955 AGr-DF: revisão judicial das decisões do CADE	272
2.6.8	RE nº 1.059.819: reajuste de preço de tarifas pela ANATEL.....	274
2.6.9	ADI nº 5.779: regulação de anorexígenos pela ANVISA.....	275
2.7	Bases teóricas da escolha regulatória compatíveis com os preceitos da pós-modernidade.....	277
2.7.1	Nova fórmula de sustentação da escolha regulatória: a reflexividade administrativa sob o binômio prevenção/mediação	286
2.7.1.1	Teoria dos sistemas autopoieticos.....	288
2.7.1.2	Teoria da reflexividade administrativa	290
2.7.1.3	Primeira dimensão da reflexividade administrativa: a prevenção regulatória	300
2.7.1.4	Segunda dimensão da reflexividade administrativa: a mediação regulatória	301
2.7.1.5	Contornos da reflexividade administrativa.....	303
2.8	Ampliação dos espaços propícios à prática da nova categoria de escolha administrativa <i>vis-à-vis</i> o controle jurisdicional	310
2.9	Dicotomia (ou antinomia?) entre as escolhas regulatórias e as escolhas políticas.....	321
2.10	Conclusão parcial	326

CAPÍTULO 3

CONSTITUCIONALIDADE DA REGULAÇÃO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS E SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL POR ENTIDADES ADMINISTRATIVAS DOTADAS DE CERTA INDEPENDÊNCIA

		333
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	343
3.2	Hermenêutica voltada ao desafio de sustentar a constitucionalidade do modelo regulatório brasileiro.....	348
3.2.1	Positivização constitucional da função regulatória	352
3.3	Método de trabalho para concretização constitucional do modelo de regulação brasileiro	356
3.3.1	Notas introdutórias acerca do método de interpretação positivista.....	357
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.....	363
3.3.3	Força normativa da Constituição na visão de Konrad Hesse e o atual sistema de regulação brasileiro	370
3.3.3.1	Normatividade e força condicionante da realidade constitucional brasileira em termos de regulação administrativa.....	373
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.....	375

3.3.4.1	Metódica na formatação regulatória brasileira.....	377
3.3.5	Interpretação pluralista e aberta da regulação no Brasil à luz da teoria de Peter Häberle	383
3.3.6	Modelo material-procedimental com base na teoria principiológica de Robert Alexy.....	385
3.3.6.1	Constituição como ordem marco. Os modelos puramente procedimental e puramente material	387
3.3.6.2	Modelo material-procedimental de Alexy.....	388
3.3.6.3	Margem de eleição dos <i>fins</i> da intervenção regulatória	390
3.3.6.4	Modelo regulatório eleito pelo Poder Legislativo como <i>meio</i> para a garantia dos direitos fundamentais	391
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	396
3.4	Conclusão parcial	400

CAPÍTULO 4

	SEGURANÇA JURÍDICA NA REGULAÇÃO ESTATAL DE ATIVIDADES ECONÔMICAS.....	405
4.1	Segurança (ou insegurança) que se experimenta na atual ambivalência e subsidiariedade da sociedade de riscos.....	418
4.2	Contornos clássicos da segurança jurídica: certeza e estabilidade das relações e situações jurídicas.....	422
4.3	Busca da segurança jurídica na teoria principiológica.....	426
4.4	Busca da segurança jurídica em bases axiológicas	435
4.5	Caráter axiológico da segurança jurídica no contexto regulatório estatal brasileiro	441
4.6	Regulação nos contextos objetivo e subjetivo da segurança jurídica.....	444
4.6.1	Aspectos de natureza objetiva da segurança jurídica nas escolhas regulatórias	446
4.6.2	Aspectos de natureza subjetiva da segurança jurídica nas escolhas regulatórias	454
4.7	Mecanismos para conter incerteza e imprevisibilidade na regulação	458
4.7.1	Mitigação da abertura dos espaços para escolhas administrativas por meio da reflexividade (processualização dos processos e procedimentalização).....	459
4.7.2	Sistema formal para edição de normas regulatórias	462
4.8	Conclusão parcial	465
	CONCLUSÃO.....	469
	REFERÊNCIAS.....	481
	TRABALHOS PUBLICADOS PELO AUTOR	511