

SÉRGIO GUERRA

Tercio Sampaio Ferraz Junior

Prefácio

DISCRICIONARIEDADE,
REGULAÇÃO E REFLEXIVIDADE

UMA NOVA TEORIA SOBRE
AS ESCOLHAS ADMINISTRATIVAS

6ª edição revista e atualizada

Belo Horizonte

FORUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

2021

© 2008 Editora Fórum Ltda.

2012 2ª edição revista e atualizada

2015 3ª edição revista e atualizada

2017 4ª edição revista e atualizada

2018 5ª edição revista e atualizada

2019 5ª edição, 1ª reimpressão

2021 6ª edição revista e atualizada

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virgínia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (<i>in memoriam</i>)	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Olthou de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra

FÓRUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Esses foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do e-mail editorial@editoraforum.com.br para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

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

G934d	Guerra, Sérgio
	Discrecionariedade, 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 CDU342

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

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

GUERRA, Sérgio. *Discrecionariedade, 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.

SUMÁRIO

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 ANCCNE ...	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: a <i>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.....

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