

SÉRGIO GUERRA

Tercio Sampaio Ferraz Junior

*Prefácio*

DISCRICIONARIEDADE,  
REGULAÇÃO E REFLEXIVIDADE

UMA NOVA TEORIA SOBRE  
AS ESCOLHAS ADMINISTRATIVAS

7ª edição revista, ampliada e atualizada

Belo Horizonte

**FORUM**

CONHECIMENTO JURÍDICO

2023

STJ00117558

© 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

2023 7ª edição revista, ampliada 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	Florianópolis 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
Cármen Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Bezanos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grøtti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto ( <i>in memoriam</i> )	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon 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

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Aline Sobreira de Oliveira

Rua Paulo Ribeiro Bastos, 211 – Jardim Atlântico – CEP 31710-430  
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 99412.0131  
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](mailto:editorial@editoraforum.com.br) para que possamos esclarecer, com o 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, Sergio

Discrecionabilidade, 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 Wagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410

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

GUERRA, Sergio. *Discrecionabilidade, 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.

## SUMÁRIO

---

PREFÁCIO DA 4ª EDIÇÃO	
<b>Tércio Sampaio Ferraz Junior</b> .....	13
PREFÁCIO DA 2ª EDIÇÃO	
<b>Diogo de Figueiredo Moreira Neto</b> .....	19
PREFÁCIO DA 1ª EDIÇÃO	
<b>Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Marcos Juruena Villela Souto</b> .....	21
APRESENTAÇÃO DA 7ª EDIÇÃO	
<b>Sérgio Guerra</b> .....	25
APRESENTAÇÃO DA 6ª EDIÇÃO	
<b>Sérgio Guerra</b> .....	27
APRESENTAÇÃO DA 5ª EDIÇÃO	
<b>Sérgio Guerra</b> .....	29
APRESENTAÇÃO DA 4ª EDIÇÃO	
<b>Sérgio Guerra</b> .....	33
APRESENTAÇÃO DA 3ª EDIÇÃO	
<b>Sérgio Guerra</b> .....	35
APRESENTAÇÃO DA 2ª EDIÇÃO	
<b>Sérgio Guerra</b> .....	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

	<b>CRÍTICAS E PROPOSTAS ACERCA DOS INSTRUMENTOS CLÁSSICOS E MODERNOS QUE CONFORMAM A ESCOLHA ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>179</b>
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: <i>a reflexividade administrativa</i> 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>finis</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