

Adequação Jurídico-Institucional do Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa no Mercado Financeiro

Luiz Felipe Horowitz Lopes**

Introdução. 1 Delimitação da discricionariedade administrativa. 2 Os elementos do ato discricionário e o mérito administrativo. 3 Conceitos jurídicos indeterminados. 4 Vinculação aos diferentes graus da juridicidade. 5 Discricionariedade técnica. 6 Discricionariedade regulamentar. 7 Proposta jurídico-institucionalmente adequada para o controle judicial da discricionariedade administrativa. Conclusão. Referências.

Resumo

O estágio atual da doutrina administrativista não permite a insindicabilidade judicial das escolhas regulatórias, com base na mera invocação de fórmulas, como “ato discricionário”, “discricionariedade técnica”, “conceitos jurídicos indeterminados”, tradicionalmente utilizadas pelos tribunais para se escusar de apreciar assuntos técnicos e muitas vezes polêmicos sob a perspectiva jurídica. Verificada a existência de limitações relativas à capacidade institucional do Judiciário na apreciação das escolhas regulatórias, defende-se a inserção de uma visão institucional em relação ao controle judicial da discricionariedade, o qual não deve ser excluído a priori em qualquer situação de interpretação e aplicação de certa lei pela Administração Pública, embora deva ser adotada uma deferência saudável às opções dos entes reguladores do mercado financeiro.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Sistema Financeiro Nacional. Controle judicial. Discricionariedade administrativa.

* Procurador do Banco Central do Brasil. Formado pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Direito Público pela Universidade Caxias do Sul (UCS).

Legal-Institutional Adequacy of Judicial Review of Administrative Discretion in the Financial Market

Abstract

The current state of administrativist doctrine does not allow the judicial review of regulatory choices, based on the mere invocation of formulas such as “discretionary act”, “technical discretion”, “indeterminate legal concepts”, traditionally used by courts to refrain from appreciating technical and often controversial issues from a legal perspective. Given the existence of limitations related to the institutional capacity of the judiciary in the appreciation of regulatory choices, the insertion of an institutional view in relation to judicial control of discretion is advocated, which should not be excluded a priori in any situation of interpretation and application of law by the Public Administration, although healthy deference should be adopted to the choices of financial market regulators.

Keywords: *Administrative Law. National Financial System. Judicial review. Administrative discretion.*

Introdução

O mercado financeiro é marcado pela excessiva litigância judicial, conforme dados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) entre janeiro de 2011 e outubro de 2011, chegando a representar 10,88% dos processos judiciais no âmbito nacional (12,95% na Justiça estadual; 9,6% na Justiça federal; e 1,78% na Justiça trabalhista). Passados quase nove anos, nada faz crer que a situação tenha se modificado. Naturalmente, as discussões travadas no âmbito judicial repercutem no teor dos mecanismos de intervenção das entidades responsáveis pela regulação¹ do mercado financeiro. A título exemplificativo, é possível mencionar a Resolução 4.558, de 23 de fevereiro de 2017, do Conselho Monetário Nacional (CMN), que, ao disciplinar a cobrança de encargos por parte das instituições financeiras nas situações de atrasos de pagamentos, veio a extinguir a comissão de permanência, permitindo a exigência exclusivamente de juros remuneratórios, de juros moratórios e de multa de mora e vedando a criação de qualquer outro tipo de valor; a Lei 13.455, de 26 de junho de 2017, que autorizou a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado, contrapondo-se ao entendimento que se formava no Superior Tribunal de Justiça (STJ);² entre outros.

1 Conforme bem assevera Washington Peluso Albino de Souza (2005, p. 331), a palavra *regulation*, na literatura de língua inglesa, refere-se indistintamente a “regulação” e “regulamentação”, causando dificuldades interpretativas diante do uso tradicional do termo “regulamento” e “poder regulamentar” no Direito brasileiro. Além disso, as discussões são alimentadas por defensores de uma moderna regulação do neoliberalismo e da figura da “regulamentação”, que seria comprometida pelas técnicas intervencionistas menos acentuadas dos primeiros.

Por isso, Vital Moreira (1997, p. 34) afirma existirem três concepções sobre o conceito de regulação: (1) em sentido amplo, entendida como toda forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins; (2) num sentido intermediário, consistente na intervenção estadual na economia por outras formas que não a participação direta na atividade econômica, equivalendo ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada; e (3) num sentido restrito, referente somente ao condicionamento normativo da atividade econômica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo infralegal).

Para fins deste artigo, independentemente dos posicionamentos doutrinários acerca do conceito de regulação estatal, será adotado um posicionamento restritivo, de tal sorte que a regulação compreenderá as variadas formas de atuação estatal no domínio econômico privado por direção e por indução, sobretudo por meio de elaboração de diplomas normativos infralegais, excluídas as formas de assunção direta de uma atividade econômica em sentido estrito.

2 REsp 1479039/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 6/10/2015.

Porém, dadas as limitações do presente estudo, as causas para a vultosa quantidade de conflitos levados ao Poder Judiciário não serão examinadas, nem os aspectos políticos e econômicos que envolvem o complexo problema ou mesmo o acerto ou o equívoco das decisões judiciais em matéria financeira. Em verdade, o presente trabalho traz à baila como se dá e quais são os limites do controle judicial nos casos em que há o exercício de uma competência discricionária pelos entes reguladores do mercado financeiro, em especial o CMN e o Banco Central do Brasil (BCB).

Apresenta-se o desenvolvimento da doutrina administrativista acerca do controle judicial da discricionariedade administrativa, a qual desenvolveu uma série de fórmulas, como “ato discricionário”, “discricionariedade técnica”, “conceitos jurídicos indeterminados”, tradicionalmente utilizadas pelos tribunais para se escusar de apreciar assuntos técnicos e muitas vezes polêmicos, comumente enfrentados na regulação financeira. Pretende-se, destarte, demonstrar a inadequação de tais concepções clássicas como óbice ao controle das funções administrativas, sendo insuficiente buscar aspectos cognitivos sindicáveis e aspectos volitivos não sindicáveis ao Poder Judiciário.

Em contrapartida, aponta-se a existência de limitações relativas à capacidade institucional do Poder Judiciário na apreciação das escolhas regulatórias no âmbito do mercado financeiro, defendendo-se, ao final, a inserção de uma visão institucional em relação ao controle judicial da discricionariedade administrativa, o qual não deve ser excluído a priori em qualquer situação de interpretação e aplicação de certa lei pela Administração Pública, embora seja imprescindível a manutenção de uma deferência saudável às opções dos entes reguladores do mercado financeiro.

1 Delimitação da discricionariedade administrativa

A definição de discricionariedade administrativa de Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 48) reconhece uma “margem de liberdade” remanescente ao administrador público “para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto” (MELLO, 2012, p. 48). Ademais, a escolha do administrador deverá seguir a solução que melhor se adequa à finalidade legal “quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente” (MELLO, 2012, p. 48).

O jurista observa que, conquanto seja comum a expressão “ato discricionário”, há na realidade apenas um “ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou que o compõem”, de tal sorte ser discricionária a competência do agente quanto a aspecto ou aspectos específicos (MELLO, 2012, p. 18). A discricionariedade, portanto, não reside ou consiste em uma qualidade do ato. O ato administrativo, ao revés, não passaria de um produto do exercício de uma competência discricionária.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 33) delimita a discricionariedade como uma qualidade da competência conferida à Administração Pública por lei para definir os aspectos de maior densidade normativa (resíduo de legitimidade) necessários à integração de elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público. Ademais, não se confundindo com arbitrariedade, o “poder discricionário” caracteriza uma função, em sentido jurídico, constituindo antes um “dever”, e não uma faculdade. Assim, o “poder discricionário” deve ser enfatizado como o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal, antes de um poder (dever-poder) (MELLO, 2012, p. 15).

Portanto, a discricionariedade administrativa consiste em uma competência (medida de poder), decorrente de regras e princípios jurídicos (normativa), e não à margem da lei (não arbitrária),

destinada ao exercício de função administrativa, franqueando uma pluralidade de decisões legítimas ao agente público, com vistas à prática de ato administrativo que melhor atenda a uma finalidade pública, havendo a coincidência de uma potestade-função e uma sujeição.

Afirma-se que a discricionariedade administrativa não pode ser confundida com a interpretação (HEINEN, 2010, p. 459). A interpretação, presente em um campo teórico, não se limita à explanação do significado de um determinado texto (juízo descritivo), mas coincidentemente trabalha na construção do próprio sentido do texto (juízo criativo). A discricionariedade administrativa, por outro lado, faz-se presente no campo pragmático porque, mesmo com o exaurimento de toda interpretação, haverá, em certos casos, um campo nebuloso onde não será possível identificar com exatidão o significado de um conceito prático (MELLO, 2006, p. 939). Note-se que, para tal corrente, um ato de inteligência (interpretação de termos legais) e um ato de volição (juízo de conveniência e oportunidade) são diversos e não se confundem, mas possuem os mesmos efeitos jurídicos, pouco importando se a liberdade concedida pela lei é uma liberdade intelectual ou uma liberdade volitiva.

A respeito da questão, é pertinente lembrar que, para Hans-Georg Gadamer (2008, p. 432-433), “[a] tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação”. Assim, a apreciação dos operadores do direito não deve surgir de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. Não é por outro motivo que “podemos ter uma ideia daquilo com que estamos às voltas” (GADAMER, 2008, p. 433), de modo a existir segurança jurídica em um Estado de Direito. Por isso, há de se concordar com a posição de Andreas J. Krell (2013, p. 46), segundo o qual, “[p]ara produzir uma decisão jurídica num caso concreto, deverá haver necessariamente a convergência de elementos de cognição e de volição”, de tal sorte não ser tão cristalina a distinção entre interpretação e discricionariedade. Em verdade, aplicação e interpretação da lei se superpõem e acontecem em uma só operação (KRELL, 2013, p. 62).

Portanto, em virtude da finitude da racionalidade na interpretação/aplicação da lei, os fundamentos da margem discricionária firmam sua própria sindicabilidade, não havendo óbice ao controle judicial a priori, sobretudo em face do art. 5, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Afinal, é justamente pela possibilidade de presença de elementos não racionais nas escolhas administrativas que a adoção de mecanismos de atribuição de racionalidade e de razoabilidade se fazem mais necessárias, coibindo possíveis condutas abusivas e arbitrárias por parte da Administração.

2 Os elementos do ato discricionário e o mérito administrativo

Hartmut Maurer (2001, p. 51-52) identifica, na literatura jurídica, a presença de quatro grupos de vícios no exercício do poder discricionário. O primeiro deles consiste no não uso do poder discricionário, presente nos casos em que não há o exame acerca da conveniência da intervenção no caso concreto. O segundo refere-se ao excesso do poder discricionário, que ocorre quando a autoridade ultrapassa o quadro definido legalmente ao poder discricionário. O terceiro grupo é retratado pelo uso defeituoso do poder discricionário (abuso do poder discricionário), quando a autoridade não dirige seu comportamento exclusivamente pela finalidade prescrita ao poder discricionário. E, por derradeiro, o quarto grupo é definido pelas infrações a direitos fundamentais e princípios administrativos gerais, devendo o administrador atentar-se, inclusive, ao princípio da proporcionalidade.

Numa visão mais dinâmica (histórica), Gustavo Binenbojm (2014, p. 211) menciona a existência de um longo processo de definição de parâmetros jurídicos à atividade administrativa

discricionária, iniciado desde o século XIX, elencando as seguintes etapas do itinerário de juridicização da discricionariedade administrativa: (1) a teoria dos elementos do ato (competência, forma, finalidade, motivo e objeto), com a possibilidade de sindicância dos elementos vinculados dos atos ditos discricionários (competência, forma e finalidade); (2) teorias de controle a partir de parâmetros implícitos na lei, a exemplo do desvio de poder, do excesso de poder e da teoria dos motivos determinantes; (3) teoria dos conceitos jurídicos indeterminados; e (4) teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais.

No tocante à primeira e à segunda etapas do controle da discricionariedade apontadas acima, calha ressaltar as afirmações contidas nos manuais de direito administrativo e incorporados pelo art. 2º da Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, em consonância com a doutrina clássica, no sentido de que o ato administrativo (compreendido como a exteriorização da vontade da Administração Pública) pode ser dividido nos seguintes elementos: (1) competência, referente ao agente público (sujeito) a quem a lei atribuiu a prática do ato; (2) finalidade, consistente no interesse público específico perseguido pelo ato administrativo; (3) forma, consistente no revestimento da manifestação da Administração; (4) motivo, ou seja, os pressupostos de fato e de direito que autorizariam a prática do ato administrativo; e (5) objeto ou conteúdo, definido como o efeito jurídico imediato produzido pelo ato administrativo.

Por ser necessariamente uma decorrência legal, a competência (elemento do ato administrativo) seria sempre vinculada. Aqui, é mister explicar que a previsão das atribuições a certo agente público (competência em si) é sempre vinculada, na medida em que a lei não pode tornar facultativa a realização do interesse público, embora possa permitir a escolha em face de uma pluralidade de decisões legítimas, conferindo uma competência discricionária (PIRES, 2017, p. 200).

Para alguns doutrinadores, a forma também não permite a incidência da discricionariedade, pois, ao contrário do que se passa no âmbito privado, em que vigora a liberdade das formas, o revestimento do ato administrativo deve seguir as determinações da lei, observando-se o princípio da solenidade das formas na esfera pública. Di Pietro (2007, p. 83), entretanto, admite que, em certas hipóteses, a lei pode permitir que o ato administrativo a ser praticado apresente-se de outras maneiras, sendo possível reconhecer a discricionariedade na forma.

Há quem aponte a finalidade constituir elemento vinculado do ato administrativo, já que está sempre prevista explícita ou implicitamente na lei. Porém, para Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 938), é possível a discricionária ocorrer na finalidade do ato administrativo, quando esta for expressada por via de conceitos práticos, engendrando certa liberdade administrativa. Na mesma linha, Vladimir da Rocha França (2001, p. 109-123) obtempera que, nos atos administrativos formais com conteúdo legislativo, há possibilidade de se vislumbrar uma “discricionariedade legislativa” quanto à finalidade específica ou imediata, cabendo ao administrador-legislador mensurar o interesse público contido na lei.

A despeito das divergências na doutrina no que se refere aos elementos forma e finalidade, afirma-se comumente residirem os juízos de conveniência e oportunidade, definidos como o “mérito administrativo”, no objeto (conteúdo) e no motivo do ato administrativo. Nesse ponto, cabe citar José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 110-112), que lembra haver discricionariedade em relação aos pressupostos fáticos do motivo³ quando a lei “transfere ao agente a verificação de sua ocorrência atendendo a critérios de caráter administrativo (conveniência e oportunidade)”, bem como nas hipóteses em que for possível ao agente traçar as linhas do conteúdo do seu ato, a exemplo do limite de horário de funcionamento de um circo em praça pública.

3 Tratando-se de matéria restrita ao juízo de juridicidade, afirma-se não haver discricionariedade no tocante à avaliação do motivo legal.

O “mérito administrativo”, destarte, seria refratário ao controle judicial pelo princípio da separação de poderes, já que o magistrado não poderia substituir a apreciação do administrador cuja conduta segue os estritos termos legais (vinculação positiva à lei), em homenagem à liberdade dos indivíduos. Nessa medida, dada a insuficiência dos comandos abstratos e gerais presentes na lei para a antecipação de todos os eventos da realidade e, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro (2007, p. 26), como resquício do Estado de Polícia, foi atribuída à Administração Pública uma esfera de liberdade frente ao texto legal e não afeta a qualquer forma de controle judicial.

A doutrina, porém, passou a reconhecer não ser possível ao agente público atuar fora dos limites de sua competência administrativa (teoria do excesso de poder), bem como constatou que alguns limites advêm da finalidade do poder discricionário, de tal maneira que o mérito administrativo não permite uma decisão em dissonância com a finalidade determinada pela lei (teoria do desvio de poder). Assim, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 57), não pode o agente público deixar de observar, deliberadamente ou não, “seu dever de operar o estrito cumprimento do que a lei configurou como objetivo prezável e atingível por dada via jurídica”. O mérito administrativo, continua o jurista (MELLO, 2012, p. 82-83), será transbordado quando os critérios adotados pela autoridade administrativa: (1) estiverem contaminados por intuitos pessoais; (2) corresponderem a outra regra de competência, distinta da exercitada; (3) revelarem opções desarrazoadas; (4) exprimirem medidas incoerentes com os fatos sobre os quais deveria o agente exercer seu juízo, com as premissas do ato e com situações idênticas; e (5) forem desproporcional diante dos fatos.

Ao lado da teoria do excesso de poder e da teoria do desvio de poder, desenvolve-se também a teoria dos motivos determinantes, fundada na ideia de que os motivos do ato administrativo devem corresponder à situação fática capaz de autorizá-lo, sob pena de nulidade. Carvalho Filho (2014, p. 118) pondera que a aplicação da teoria é importante à discricionariedade, na medida em que, existindo expressa motivação, esta “passa a vincular o agente aos termos em que foi mencionada”, devendo o pressuposto fático (motivo) escolhido pelo administrador ser efetivamente real, incidindo o controle judicial sem qualquer ressalva.

3 Conceitos jurídicos indeterminados

As normas apresentam elementos textuais que são inequívocos e não dão ensejo a qualquer desconforto interpretativo ou dificuldade de aplicação, assim como termos e noções já consolidados na dogmática jurídica, a exemplo dos conceitos propriedade, contrato, ato administrativo e outros. As normas podem apresentar também termos e conceitos legais que demandem valoração e prognose, conferindo-se demasiado espectro de sentidos ao seu texto (MAURER, 2001, p. 54).

Assim, em razão da vagueza, da incerteza e da abertura desses termos, passou-se a denominá-los “conceitos jurídicos indeterminados”. A presença dos “conceitos jurídicos indeterminados” na hipótese de incidência das normas administrativas naturalmente confere maior margem de liberdade do agente público na determinação de seu sentido. Note-se que Eros Grau (2014, p. 199) afasta a ideia de que um conceito possa ser indeterminado. Em verdade, a indeterminação refere-se às noções jurídicas. Todavia, tratando-se de expressão consagrada na doutrina, adotar-se-á a expressão “conceitos jurídicos indeterminados”, não obstante realmente constitua uma *contradictio in terminis*.

Bernatzik, no final do século XIX, ponderava ser a liberdade da Administração Pública na determinação do sentido da norma equivalente àquela gozada pelo Poder Judiciário, o que restringia consideravelmente a possibilidade de controle dos conceitos jurídicos indeterminados

(CAVALLI, 2009, p. 61-76). Conforme aponta Sérgio Guerra (2017, p. 64), Bernatzik, em relação aos conceitos indeterminados, “sustentava a existência de uma discricionariedade técnica, pretendendo com isso referir-se à extrema complexidade com que frequentemente apresentam-se os problemas administrativos”, sendo difícil ou mesmo impossível identificar a solução mais correta entre as várias opções disponíveis. O posicionamento de Bernatzik deu origem, destarte, à teoria da multivalência, a qual encarece a concepção de existir, na interpretação e na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, o exercício da competência discricionária.

Em oposição, Tezner, ao tecer críticas ao entendimento da Corte Administrativa da Áustria, considerou a teoria da multivalência contrária ao Estado Democrático de Direito (AUGUSTIN, 2015, p. 151-164), distinguindo a função discricionária de competência do administrador público e os conceitos jurídicos indeterminados, o que, por conseguinte, implicava a ampliação da sindicabilidade jurisdicional do ato discricionário. Desenvolve-se, assim, a teoria da univocidade, que pugna pela existência de uma única solução na interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, não havendo discricionariedade administrativa. Nesse sentido, com o advento da Lei Fundamental de Bonn, verificou-se a predominância da teoria da univocidade, em razão da tendência da rigidez do controle judicial dos atos administrativos (BINENBOJM, 2014, p. 228).

Eros Grau (2014, p. 202-211), distinguindo os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade, afirma que “[n]o exercício da discricionariedade o sujeito cuida da emissão de juízos de oportunidade, na eleição entre indiferentes jurídicos; na aplicação de ‘conceitos indeterminados’ (vale dizer, das noções) o sujeito cuida da emissão de juízos de legalidade”. A superação da indeterminação dos conceitos dar-se-á por ocasião da interpretação, e não em um juízo de oportunidade. Eduardo García de Enterría, na mesma linha, ao analisar o direito espanhol, aponta que:

(...) o fator mais relevante para o término da exceção imprecisa da discricionariedade foi a separação de sua aplicação da técnica interpretativa empregada nos denominados ‘conceitos jurídicos indeterminados’, com os quais confundia-se, tradicionalmente, o conceito de discricionariedade, e que são conceitos objetivos cuja aplicação acaba sendo necessariamente controlável (...), uma vez que todo o sistema jurídico opera, necessariamente, com conceitos desta natureza. Teria sido, assim, um grave equívoco técnico pretender equiparar [conceitos jurídicos indeterminados] com as hipóteses de discricionariedade estrita, que supõe um âmbito de liberdade decisória, cuja utilização jurídica de tais conceitos é precisamente excluída. (ENTERRÍA, 2010, p. 56)

Almiro do Couto e Silva (1990, p. 51-67) esclarece que “a impossibilidade relativa do controle judicial da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados pela Administração Pública não os transforma, entretanto, em fonte de poder discricionário”. Em relação aos conceitos jurídicos indeterminados, o controle judicial é, em princípio, total, só encontrando limites na impossibilidade cognitiva de declarar se a aplicação foi correta ou equivocada. Desse modo, inexistente, em princípio, um limite ao controle judicial dos conceitos jurídicos indeterminados, devendo a complexidade ser verificada pelo próprio magistrado no caso concreto, ao contrário do que se passa no exercício de uma competência discricionária, em que sempre haverá uma limitação *a priori*.

Contudo, conforme narra Hartmut Maurer (2001, p. 56-57), a tendência de revisão integral das decisões administrativas baseadas em conceitos jurídicos indeterminados (teoria da univocidade) foi recusada sobretudo por Otto Bachof, com sua doutrina do espaço de apreciação (teoria da livre apreciação); por Carl Hermann Ule, com sua doutrina da sustentabilidade; por Hans J. Wolf, com a teoria da prerrogativa estimatória; e pelo próprio Tribunal Constitucional Alemão, com a teoria da essencialidade.

Nesse sentido, a teoria da livre apreciação defende a existência de um espaço de apreciação no emprego de conceitos jurídicos indeterminados imune ao controle judicial, não obstante concorde com a ausência de um poder discricionário propriamente dita, o que, ao fim e ao cabo, acaba por trazer de volta a discricionariedade para os conceitos indeterminados. A teoria da sustentabilidade postula que a decisão administrativa deve ser conforme o direito, ou seja, dentro do quadro de sustentabilidade, por ocasião da aplicação de um conceito jurídico indeterminado, com base em argumentos coerentes e racionais. A teoria da prerrogativa estimatória, a seu tempo, constata a exigência de uma estimativa da autoridade administrativa, quando são utilizados conceitos jurídicos indeterminados (MAURER, 2001, p. 57). A teoria da essencialidade, por fim, não apenas determina se uma regulação é necessária, mas também quão densa deve ser a regulação legal e infralegal, conferindo à Administração poderes para emitir regras gerais de grau secundário (MAURER, 2001, p. 64; PIRES, 2017, p. 152).

Por isso, Celso Antônio Bandeira de Mello adverte que os conceitos jurídicos indeterminados, a depender da situação concreta, podem transparecer a discricionariedade administrativa, *in verbis*:

Em despeito de fatores que concorrem para delimitar o âmbito de intelecção dos conceitos imprecisos – e que serão adiante encarecidamente referidos e sublinhados – seria excessivo considerar que as expressões legais que os designam, ao serem confrontadas com o caso concreto, ganham, em todo e qualquer caso, densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro dúvidas sobre a aplicabilidade ou não do conceito por elas recoberto. Algumas vezes isto ocorrerá. Outras não. Em inúmeras situações, mais de uma intelecção seria razoavelmente admissível, não se podendo afirmar, com vezos de senhoria da verdade, que um entendimento divergente do que se tenha será necessariamente errado, isto é, objetivamente reputável como incorreto.

(...)

Em suma: muitas vezes – exatamente porque o conceito é fluido – é impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis. (...)

Eis porque não é aceitável a tese de que o tema dos conceitos legais fluidos é estranho ao tema da discricionariedade. (MELLO, 2012, p. 22-23)

De acordo com Vladimir da Rocha França (2001, p. 117), “[o]s conceitos jurídicos são conceitos convencionalistas, por meio dos quais o jurista procura estabelecer padrões de conduta para a sociedade”. Isso por ser “impossível a lei tudo prever e tudo alcançar, e, por isso, emprega quem a edita termos dotados da necessária fluidez, preservando a flexibilidade do sistema direito positivo perante a naturalmente instável realidade social” (FRANÇA, 2001, p. 117), de tal sorte a ser “o labor interpretativo o veículo para dar vida e objetividade aos enunciados do direito positivo, que ganham maior certeza e segurança quando há a concretização normativa do texto legal” (FRANÇA, 2001, p. 117). Em síntese, os conceitos jurídicos indeterminados não consubstanciam necessariamente o exercício de uma competência discricionária, mas podem trazer elementos que, em conjunto com os limites de sua interpretação e os dados do caso concreto, acabam por permitir ao administrador o recurso ao seu juízo de oportunidade (FRANÇA, 2001, p. 118).

A partir da interpretação e aplicação do conceito jurídico indeterminado, não se pode desconhecer a presença de uma zona de certeza positiva, dentro da qual não há qualquer dúvida acerca do sentido do texto que designa o objeto, e uma zona de certeza negativa, em que também é indubitosa a inadequação do texto ao objeto. Nesses casos, é indiscutível que o controle judicial será pleno,

seja para confirmar (zona positiva), seja para infirmar (zona negativa) a escolha administrativa. Em determinadas hipóteses, por outro lado, é possível, em maior ou menor medida, constatar uma zona de penumbra e de incertezas (das noções dos termos da norma) onde reside a margem de apreciação administrativa, que não poderia ser substituída por qualquer decisão judicial. Nessa situação, o controle jurisdicional é parcial, balizado por princípios constitucionais e pelos princípios gerais de direito (juridicidade), sendo impróprio afirmar uma completa insindicabilidade (BINENBOJM, 2014, p. 234-235).

4 Vinculação aos diferentes graus da juridicidade

O embate entre o Estado Liberal (em declínio) e o Estado Social (em ascensão) e, a partir da segunda metade do século XX, o crescimento desproporcional do Poder Executivo, com a ampliação das atribuições administrativas, passaram a dar ensejo ao questionamento da concepção clássica de discricionariedade e a paulatina atenuação da liberdade total criada pela concepção originária de discricionariedade (MEDAUAR, 2017, p. 240). Detecta-se, assim, uma nova tendência, decorrente do exagero do esforço protetor do Estado Democrático de Direito, de se retornar a fórmulas privadas de produção, além de reconhecer a lei não apenas como produto de um processo formal, mas também pelo seu conteúdo axiológico (VOLOTÃO, 2015, p. 410). Fala-se em submissão da discricionariedade ao princípio da juridicidade, de modo a vincular a Administração não apenas ao texto da lei formal, mas também a normas constitucionais e princípios gerais de direito, dada a ampliação do conjunto das fontes jurídicas do Direito Administrativo ao “bloco de legalidade”.

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2017, p. 201-202) caracterizam o paradigma pós-positivista da segunda metade do século XX como uma retomada da ligação entre o Direito e a Moral, de maneira a criar um ambiente fértil ao surgimento de uma nova dogmática jurídica, a qual reconhece a normatividade dos princípios e possibilita o desenvolvimento de uma argumentação jurídica mais aberta, intersubjetiva e permeável a valores, não se restringindo à lógica formal da norma jurídica. Segundo os eminentes juristas, a aproximação do Direito e Moral, sob o ponto de vista do Direito Constitucional, dá ensejo a um movimento designado como neoconstitucionalismo, em que se constata: (1) o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (2) a rejeição ao formalismo e, por conseguinte, a utilização de métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico; (3) a constitucionalização dos ramos do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais a todo o ordenamento jurídico; (4) reaproximação entre o Direito e a Moral; e (5) aumento da judicialização da política e das relações sociais, havendo relativo esvaziamento da esfera decisória do Executivo e do Legislativo.

Ao analisar referida virada epistemológica, Paulo Ricardo Schier (2005, p. 145-165) ressalta a ideia da filtragem constitucional, fundada na defesa da força normativa da Constituição, na dogmática constitucional principialista, na legitimidade e vinculatidade dos princípios e na constitucionalização do direito infraconstitucional. A filtragem constitucional impõe a atualização do direito infraconstitucional à luz da axiologia constitucional, viabilizando o diálogo com a realidade social, “aprendendo com ela através da abertura dos princípios e, destarte, permitindo a capacidade de aprendizagem da ordem jurídica com a sociedade” (SCHIER, 2005, p. 146). Assim, “seria compreensível a evolução da ordem jurídica sem que fosse necessário implementarem-se reformas legislativas que modificassem a textualidade normativa” (SCHIER, 2005, p. 146).

Quanto ao fenômeno da filtragem constitucional no Direito Administrativo, Luís Roberto Barroso (2005, p. 30-32), em artigo doutrinário, assevera ter ocorrido a redefinição da supremacia do interesse público sobre o privado, ressaltando, dentre outros, a vinculação do Administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária, de modo que “[o] princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem” (BARROSO, 2005, p. 32). Odete Medauar (2017, p. 170), no tocante às mudanças na concepção do princípio da legalidade, não restrito mais à lei ordinária, realçando a chamada multiplicidade das fontes normativas, mencionada por Carlos Ari Sundfeld como ‘alargamento das fontes’; D’Alberti, ‘conjunto de elementos do direito’; Paulo Otero cita o bloco de legalidade, expressão atribuída a Maurice Hauriou; o argentino Juan Carlos Cassagne também cita o bloco de legalidade; e Marco Macchia, ‘multiplicidade de fontes na legalidade’. Ao final, conclui que “[a]s inúmeras fontes normativas e a ideia de um princípio de legalidade diferente do clássico convidam muitos autores a mudar o seu nome para princípio da juridicidade” (MEDAUAR, 2017, p. 171).

Vê-se, enfim, que a constitucionalização do Direito Administrativo propiciou o desenvolvimento de uma nova concepção de discricionariedade, hoje submetida ao ordenamento jurídico como um todo, de modo a dar ensejo ao controle ablativo dos atos administrativos que apresentam alguma margem de valoração administrativa equivocada ou, a depender do caso, realizar um controle ablativo e mandamental, determinando qual a única decisão conforme ao direito (redução da discricionariedade a zero ou contração do poder discricionário⁴) (BINENBOJM, 2014, p. 247).

5 Discricionariedade técnica

A chamada “discricionariedade técnica” (ou discricionariedade imprópria) tem sido utilizada pelos tribunais⁵ para adotar postura deferente ao posicionamento das entidades reguladoras, ao exercer o controle de temas de grande complexidade técnica em setores do mercado, em nome da denominada discricionariedade técnica. O tema relativo à “discricionariedade técnica” é controverso. Há entendimentos no sentido de haver discricionariedade técnica quando os critérios presentes na ciência são suficientes para alcançar a única solução correta. Alguns dizem que a discricionariedade técnica está vinculada aos interesses públicos, enquanto outros vislumbram essa espécie de discricionariedade apenas nos atos com repercussões administrativas internas. Constatam-se posições no sentido de que há uma diferença entre discricionariedade técnica própria e imprópria, bem como a existência de uma discricionariedade intermediária entre a pura e a técnica. E há os que sustentam a inexistência da discricionariedade técnica (GUERRA, 2017, p. 195).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 6), após citar a lição de Alessi em comentários acerca do Direito italiano, separa a discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica ou imprópria, sendo que a distinção entre ambas está em que, naquela, a escolha entre duas ou mais opções válidas perante o Direito se faz segundo critérios de oportunidade ou conveniência (mérito) e, nesta, não existe propriamente liberdade de opção, porque a Administração tem que procurar a solução correta segundo critérios técnicos.

4 Para Hartmut Maurer (2001, p. 52-53), o caso concreto pode reduzir a possibilidade de escolha a uma única alternativa, se todas as outras alternativas fossem exercício do poder discricionário vicioso, de sorte que a autoridade está obrigada a “escolher” a única decisão ainda restante para ela.

5 No STJ, cito como exemplo o Recurso Especial 1.171.688/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 1º/6/2010, em que se afirmou que, “[e]m matéria eminentemente técnica, que envolve aspectos multidisciplinares (telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos), convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível - cautela que não se confunde com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo”.

Para Edilson Pereira Nobre Júnior (2016, p. 128), a aferição técnica traduz, diante do correspondente estado da ciência, uma certeza quanto a determinadas circunstâncias que possam ser qualificadas como motivo para a prática ou não de uma decisão administrativa. Nessa quadra, para ele, incorreto dizer que a Administração, por manifestação de seu subjetivismo, possa definir qual seja o resultado de uma investigação que deva ser pautada por critérios técnicos:

Não me convence o argumento referido por Eva Desdentado Daroca, consoante a qual se fará presente uma discricionariedade dita como técnico-administrativa quando a Administração decida em adotar uma providência lastreada em hipóteses científicas que não puderam ser objeto de confirmação, uma vez os estudos a respeito não se encontrarem avançados ou por se cuidar de atividades de prognose.

A uma, porque a evolução pela qual passam os conhecimentos científicos na atualidade, demais de excessivamente veloz, expande-se por quase todas as atividades que, desenvolvidas no meio social, reclamem a elucidação de questões com base em dados de natureza técnica.

A outra, em virtude da circunstância de que, mesmo em tais casos, não resta a Administração exonerada do encargo de fundamentar, tanto quanto possível, o seu entendimento.

Portanto, sempre que a regra de direito se reporta, à guisa de motivo autorizador da edição de um ato administrativo, a uma situação cuja caracterização envolva conhecimentos técnicos, tem-se o exercício de uma competência vinculada e não discricionária. (NOBRE JÚNIOR, 2016, p. 128)

Destarte, diante do caráter vinculado, a atividade técnica da regulação submete-se, indiscutivelmente, a controle jurisdicional, o qual deve se iniciar pela ótica procedimental, com a análise dos conhecimentos específicos e da neutralidade dos agentes públicos, bem como se direcionar à demonstração de equívoco na verificação da existência e da correspondência do motivo (pressuposto fático da decisão administrativa), o que se insere na seara da legalidade. Somente nas hipóteses onde se afigure difícil uma provável certeza, há que se atribuir uma deferência às conclusões administrativas, contanto que apoiadas em razões sólidas e razoáveis (NOBRE JÚNIOR, 2016, p. 135).

Luís Manuel Fonseca Pires (2017, p. 240) obtempera que “qualquer palavra ou expressão, que reclame à sua compreensão de informações de outras áreas do saber humano, igualmente não pode confundir-se com a discricionariedade administrativa”. Em verdade, “[s]ão conceitos jurídicos indeterminados cuja busca da unidade de solução justa (...) depende de informes de outras áreas do conhecimento” (PIRES, 2017, p. 240). Dessa maneira, não há sentido em sustentar a discricionariedade técnica, pois há apenas conceitos jurídicos indeterminados referentes a elementos técnicos ou científicos, “cujos informes (por exames, perícias, avaliações etc.) possibilitam ao intérprete convencer-se sobre o que melhor se coaduna à lógica do razoável e à lógica do preferível” (PIRES, 2017, p. 242).

Também se filia à corrente que não reconhece a discricionariedade técnica Régis Fernandes de Oliveira (2007, p. 104), que obtempera serem as regras técnicas anteriores à emanção do ato administrativo. Assim, ao citar como exemplo os estudos para a construção de uma ponte, apresentando escolhas relativas ao material, ressalta que, “[d]iante das opções técnicas, que forem apresentadas, aí, então, entrará o interesse público e o poder discricionário a valorá-lo” (OLIVEIRA, 2007, p. 104).

Em acepção diversa, Flávio José Roman (2013, p. 169-185) – conquanto afirme que não há discricionariedade nos aspectos nitidamente técnicos das atividades administrativas – confirma a existência de uma competência discricionária quando a técnica está unida a fatores não nitidamente técnicos, ou quando os fatores técnicos não são precisos. Assim, reconhece a existência de uma discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica, relacionada à indispensável previsão

legal mediante o recurso a conceitos flexíveis ou fluidos, notadamente da ciência econômica, de modo a limitar e, ao mesmo tempo, impedir a imunização ao controle judicial.

César A. Guimarães Pereira (2003, p. 254-261), em sistematização do problema, verifica a existência de cinco sentidos para a expressão “discricionariedade técnica”. O primeiro sentido alude à formulação de juízos especializados, de modo a preencher um conceito técnico referido na legislação, a exemplo da “invalidez” da aposentadoria do servidor público. Nesse caso, a discricionariedade administrativa não existe, pois os conflitos de interesses já foram resolvidos pela própria lei. O segundo sentido denota as escolhas administrativas relacionadas a campos especializados de um conhecimento. Aqui, haverá um juízo discricionário, a ser exercido nos limites da competência definida em lei. Em seguida, será realizada a apreciação técnica passível de pleno controle jurisdicional, a exemplo dos concursos público, em que a definição do conteúdo programático e as questões exigidas nas provas são discricionárias, mas a correção das provas, por envolver uma apreciação técnica, enseja a ação discricionária. O terceiro sentido envolve as situações em que há um momento de cognição técnica e outro de decisão administrativa que toma como premissa o primeiro juízo. Entretanto, a escolha administrativa encontra-se limitada pelo próprio juízo técnico, de tal maneira que a opção administrativa é realizada mediante critérios de discricionariedade (no plano normativo). O quarto sentido da “discricionariedade técnica” refere-se às análises de prognose e de risco, baseadas em estatísticas. Porém, isso não significa que a apreciação da Administração estará dispensada de valer-se de parâmetros sérios do campo científico e fatos constatáveis na realidade, havendo discricionariedade administrativa apenas quando houver alternativas no caso concreto. O quinto e último sentido corresponde à atividade instrutória da Administração nos processos administrativos. Não se vislumbra discricionariedade administrativa nessas hipóteses, já que os mecanismos de produção de provas, em virtude das garantias constitucionais do devido processo legal, estão sempre sujeitos ao controle judicial, não podendo o administrador deles dispor conforme sua conveniência.

Pereira (2003, p. 265), nessa linha, não reconhece, em termos científico-jurídicos, a discricionariedade técnica como instituto próprio. Isso porque o que se denomina de “discricionariedade técnica” ou cuida de apreciações técnicas da Administração, sem qualquer alusão à discricionariedade, ou não se afasta do conceito geral de discricionariedade administrativa. O entendimento de Sérgio Guerra (2017, p. 197) não é diferente, também ponderando que os conhecimentos técnicos ou representam somente um aspecto vinculado do poder discricionário em determinada decisão ou permanece a possibilidade de cotejo de vários critérios técnicos para determinar qual o mais eficaz e conveniente no caso concreto. Destarte, sob a ótica da Carta de 1988, inadmissível “uma tese jurídica de que haveria uma discricionariedade diferenciada (discricionariedade técnica), exclusivamente fulcrada em valorações técnicas e infensa ao controle judicial” (GUERRA, 2017, p. 197). No mesmo compasso, Tomás-Ramón Fernández (2016, p. 183-184), ao questionar se realmente existe a discricionariedade técnica, responde já ter chegado o momento de afirmar que da erroneamente denominada “discricionariedade técnica” resta apenas o nome, o rótulo, a mera denominação, a qual o legislador cometeu a imprudência de utilizar quando estava a ponto de ficar sem conteúdo, e que a jurisprudência do Tribunal Superior segue a utilizá-la por inércia.

Portanto, é correta a visão quanto à inadequação e à insuficiência da expressão “discricionariedade técnica”, tal como apontado por Pereira (2003), Guerra (2017) e Fernández (2016), uma vez que, além de essa expressão não restar consolidada no ordenamento jurídico como categoria jurídica autônoma, delimitada e clara, em razão de seus múltiplos sentidos, as avaliações técnicas do administrador público devem sempre estar ajustadas ao estado da ciência no contexto histórico em

que estiverem situadas e observar as finalidades e as limitações impostas pelo legislador ordinário e pelo próprio constituinte. Dessa forma, ainda que as escolhas administrativas sejam eminentemente técnicas, apresentem algum conteúdo científico mesclado a questões políticas ou estejam fundadas em noções indeterminadas, elas não poderiam ser subtraídas *a priori* do crivo judicial, mormente se ausente a pluralidade de decisões legítimas *in concreto*, devendo-se lembrar que a discricionariedade administrativa não se confunde com o arbítrio.

6 Discricionariedade regulamentar

A função regulamentar, naturalmente, envolve a concessão de certa dose de poder discricionário à Administração Pública, na medida em que a generalidade e a abstração inerentes ao texto legal acabam por permitir o detalhamento e as particularizações na aplicação do direito (GUERRA, 2017, p. 102). Por isso, identifica-se uma orientação flexível do Judiciário no que tange ao controle da escolha discricionária na edição de atos regulamentares, desde que não se verifique antinomia com a lei, o regulamento complemente a lei e confira densidade a *standards* que remetam a escolhas de caráter técnico, econômico ou administrativo (GUERRA, 2017, p. 102).

Porém, impende apontar a existência de defensores da inconstitucionalidade das competências regulamentares concedidas ao CMN e ao Banco Central. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 352) assevera ser a finalidade da competência regulamentar a de produzir normas para a fiel execução das leis quando estas demandarem uma atuação administrativa a ser desenvolvida dentro de um espaço discricionário, a fim de assegurar a uniformidade na aplicação da lei e em nome da igualdade entre os administrados. Ante a garantia de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, prevista no art. 5º, II, da CRFB (princípio da legalidade), os regulamentos deverão seguir as possibilidades admitidas pelo próprio enunciado legal, de modo a: (1) limitar a discricionariedade administrativa; e (2) decompor analiticamente o conteúdo de conceitos legais, mediante simples discriminação.

Inadmissíveis a criação de regras jurídicas ou a alteração da própria lei pelo regulamento. Nos termos do art. 84, IV, da CRFB, ao regulamento cabe apenas dispor sobre a fiel execução da lei, não podendo criar direitos, obrigações, deveres ou restrições sem a correspondente disposição legal. O único caminho possível de transferência normativa ao Poder Executivo é por meio de leis delegadas, conforme art. 68 da CRFB, ou por disposição constitucional própria, a exemplo das Medidas Provisórias (art. 62 da CRFB). Destarte, sob pena de configurar delegação disfarçada e inconstitucional, nenhuma lei formal poderá permitir que o regulamento inove na ordem jurídica. Bandeira de Mello (2006, p. 345) lembra que o procedimento abusivo de criação e de restrições a direitos por meio de regulamentos “foi praticado inúmeras vezes e do modo mais flagrante possível” no passado. Assim, conclui que essas leis inconstitucionais e os regulamentos baseados nelas, na presente ordem constitucional, “estão fulminados por expressa determinação no art. 25 do ADCT, o qual, se, de um lado, vale como confirmação de que foram inúmeros os abusos, de outro, representa a expressão clara de que não se deseja mais nele reincidir” (MELLO, 2006, p. 345-346).

Não é possível concordar com a doutrina da indelegabilidade nesses moldes. Em síntese didática, André Rodrigues Cyrino (2018, p.200-202) explica que a doutrina da indelegabilidade, fundada numa ideia estrita do princípio da legalidade e tradicional da separação de poderes, peca por distorcer suas bases teóricas, por desconsiderar as (in)capacidades institucionais do Poder Legislativo e por dar pouco peso às potencialidades democráticas e técnicas da Administração Pública na promoção de necessidades coletivas.

Eros Grau, ao comentar o art. 5º, II, da CRFB, verifica que o princípio da legalidade é tomado em termos relativos, havendo uma reserva da norma, e não uma reserva da lei, “razão pela qual não impede a atribuição, explícita ou implícita, ao Executivo para, no exercício de função normativa, definir obrigação de fazer e não fazer que se imponha aos particulares – e os vincule” (GRAU, 2014, p. 242). Nas palavras de André Rodrigues Cyrino (2018, p. 55-66), o princípio da legalidade desdobra-se em outros dois: (1) o princípio da precedência de lei (preferência ou compatibilidade), que incorpora o dever de compatibilidade e não contrariedade ao que prescreve a lei; e (2) o princípio da reserva de lei ou da conformidade, que significa que a Administração só poderá agir quando ato estiver anteriormente previsto em lei.

A reserva legal, por sua vez, subdivide-se em: (a.1) reserva absoluta, que determina o tratamento integral dos critérios de decisão, não havendo margem de discricionariedade; e em (b.1) reserva relativa, quando a Constituição, apesar de estabelecer a necessidade de lei, permite a conformação de sua aplicação pelo agente público com base em *standards* mínimos em lei. Sob a perspectiva do órgão responsável pela normatização, a reserva legal pode ser: (a.2) formal, quando certa matéria demandar o tratamento por lei elaborada pelo parlamento; e (b.2) material, quando for possível a elaboração de outros atos normativos com força de lei, a exemplo da Medida Provisória. E, por fim, sob o ponto de vista da finalidade constitucional, a reserva legal cinde-se em: (a.3) qualificada, quando o legislador deverá perseguir determinado objetivo ou requisito constitucional específico; ou (a.4) não qualificada, hipótese em que a intervenção legislativa dar-se-á independentemente de qualquer exigência quanto ao conteúdo ou à finalidade da lei.

Vê-se, portanto, que, ressalvadas as situações de reserva legal absoluta, em que não há espaço para a função normativa das agências reguladoras, o princípio da legalidade não impede que se confirmem competências normativas ao CMN e ao BCB, desde que estabelecidos parâmetros mínimos de atuação (reserva legal relativa) e/ou que os atos destes não apresentem incompatibilidades com a própria lei (precedência legal).

Eros Roberto Grau, com base nas lições de Alessi, entende que “o fundamento da potestade regulamentar decorre de uma atribuição de potestade normativa material, de parte do Legislativo, ao Executivo” (GRAU, 2014, p. 239), e não de uma delegação da função legislativa. Nesse ponto, cumpre assinalar a distinção entre função legislativa e função normativa. A função legislativa refere-se à função de emanar estatuições primárias, geralmente – mas não necessariamente – com conteúdo normativo, sob a forma de lei, fundando-se em um critério formal. Por outro lado, a noção de função normativa pode ser alinhada desde a consideração de critério material, sendo entendida como a função “de emanar estatuições primárias, seja em decorrência do exercício do poder originário para tanto, seja em decorrência de poder derivado, contendo preceitos abstratos e genéricos” (GRAU, 2014, p. 237-238). Por isso, não há propriamente uma delegação de função legislativa (emanação de normas primárias), mas a atribuição de uma função normativa (potestade normativa material) específica e própria do Poder Executivo, não havendo que se falar em delegação, nem em derrogação do princípio da divisão dos poderes.

Por isso, parece ter razão André R. Cyrino (2018, p. 213-215), ao constatar a mutação constitucional do art. 25 do ADCT, em razão do reconhecimento da constitucionalidade dos poderes normativos dos órgãos e entidades integrantes do Poder Executivo conferidos pelo Legislativo, ao delegar tais competências com alguns parâmetros (mutação constitucional pela atuação do legislador); pelo Judiciário, ao avalizar tal prática por meio de sua jurisprudência (mutação constitucional pela evolução jurisprudencial); por imposição da realidade, pela atuação da Administração Pública e pela própria literalidade do dispositivo que não veda atribuições normativas a entidades administrativas a partir da Constituição de 1988. Veja que o processo de mutação do art. 25 do ADCT, conquanto

infirmar a vedação peremptória às delegações normativas ao CMN e ao BCB, não implica que a lei deve ser obliterada do processo das escolhas regulatórias no mercado financeiro, servindo como importante arcabouço de normas abertas que justifica a legitimidade e assegura o próprio controle das deliberações técnicas das mencionadas entidades. E cumpre destacar que, diante do envolvimento de direitos fundamentais relativos à ordem econômica, maior a exigência de clareza dos propósitos legislativos, ainda que delegue atribuições às agências reguladoras (CYRINO, 2018, p. 251). Tal entendimento, inclusive, foi seguido pelo Supremo Tribunal Federal, quando reconheceu a capacidade normativa de conjuntura do CMN.⁶

7 Proposta jurídico-institucionalmente adequada para o controle judicial da discricionariedade administrativa

Eduardo Jordão (2016, p. 131-149), em sua análise de direito comparado, constata a inadaptabilidade dos tribunais, via controle, em implementar intervenções regulatórias, apesar da ampliação da *judicial review*. Sob uma perspectiva objetiva, os tribunais estão acostumados a solucionar controvérsias bipolares (autor contra réu) e baseadas em um raciocínio retrospectivo, ao passo que a regulação corriqueiramente envolve a ponderação e o balanceamento de múltiplos interesses contrapostos (mercado regulado, consumidores, outras entidades, sociedade civil organizada, etc.), sendo as questões regulatórias multipolares e prospectivas, já que a atividade do regulador comumente exige a realização de análises prognósticas, com vistas à previsibilidade dos efeitos das medidas governamentais no mercado considerado. Sob uma perspectiva subjetiva, os tribunais apresentam uma adaptação institucional reduzida para a regulação, quando comparados aos entes reguladores. Os tribunais apresentam uma *expertise* institucional inferior à do regulador, em virtude da influência do aparelhamento técnico e de pessoal e da experiência historicamente acumulada, bem como apresentam limitações de natureza formal na sua atuação, diante do princípio da demanda, do acesso regrado às informações relevantes e ao dinamismo reduzido do processo judicial.

Ademais, Eduardo Jordão (2016, p. 151-163) também identifica que o controle judicial não deferente pode provocar interferências deletérias à regulação, afetando sua coerência e/ou prejudicando sua dinâmica. Quanto aos riscos à coerência regulatória, a intervenção judiciária não deferente pode desconsiderar relevantes decisões preliminares que informam determinada política regulatória levada a efeito pela autoridade administrativa, bem como pode produzir a fragmentação substancial ou geográfica de um programa regulatório específico, em razão de limitações processuais (discussões acerca da competência territorial, dos limites da coisa julgada, etc.). No tocante aos riscos à dinâmica regulatória, o controle judicial não deferente pode comprometer a efetividade da intervenção com a concessão de liminares ou antecipação de tutela, mediante a suspensão das decisões administrativas, bem como pode causar a “ossificação” da ação administrativa, decorrente do esforço para satisfazer as exigências excessivas do Judiciário.

Por isso, conforme lição de Gustavo Binenbojm (2014, p. 240), a profundidade do controle judicial não segue uma lógica puramente normativa, restrita à análise dos enunciados normativos incidentes ao caso, devendo ser observados os procedimentos adotados pela Administração e as competências e responsabilidades dos órgãos decisórios, “compondo a pauta para um critério que se poderia intitular de jurídico-funcionalmente adequado” (BINENBOJM, 2014, p. 240). Segundo

6 ADI 2591-DF, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 7/6/2006.

Andreas J. Krell, o enfoque jurídico-funcional, em crescimento na doutrina alemã, pressupõe que “o clássico princípio da separação de poderes, hoje, deve ser entendido mais como princípio de divisão de funções” (KRELL, 2013, p. 64), enfatizando o controle, a fiscalização e a coordenação recíprocos entre os órgãos e entidades do Estado Democrático de Direito. Para Andreas J. Krell (2013, p. 71), a vantagem da visão jurídico-funcional do controle da discricionariedade é que ela não busca dissecar o processo decisório, a fim de identificar o ponto onde termina a cognição sindicável e a vontade insindicável. Na realidade, a perspectiva jurídico-funcional almeja verificar “se o órgão é o adequado para tomar a decisão em questão, considerando-se a sua composição, sua legitimação, o procedimento decisório e a sua capacidade de trabalhar certos problemas” (KRELL, 2013, p. 71).

Em face desse cenário, não se podem ignorar as ponderações de Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule (2002, p. 47) acerca da necessidade de uma análise das capacidades institucionais. Nessa medida, o formalismo deve ser aceito não porque a Constituição ou uma concepção jurídica adequada o exigem (pelo contrário, elas não exigem), mas sim porque o formalismo é o melhor caminho para juízes generalistas que frequentemente não estão equipados para resolver questões relativas às políticas em jogo. Assim, os autores demonstram “*some enthusiasm for the emerging view that administrative agencies ought to be allowed a degree of flexibility in their own interpretations, flexibility that goes well beyond that of courts*” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 47).

A visão minimalista decorrente da autocontenção judicial (*judicial self-restraint*) em relação aos atos normativos dos entes reguladores, por óbvio, não se confunde com a não sindicabilidade judicial. Afinal, os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios (segundo e terceiro graus de vinculação administrativa à juridicidade, na lição de Gustavo Binbenbajt), presentes na tessitura da Constituição econômica, apresentam sempre algum conteúdo capaz de servir como parâmetro ao controle judicial da regulação do mercado financeiro. Deve-se adotar, enfim, uma deferência saudável às escolhas regulatórias dos entes competentes como princípio interpretativo, quando adotadas dentro dos limites concedidos pela lei, em virtude do controle democrático a que estão sujeitas e de sua capacidade de apreciação dos elementos fáticos (SUNSTEIN, 1993, p. 169).

Nesse sentido, salutar a análise de André Rodrigues Cyrino (2018, p. 129), ao valer-se da concepção de “ductibilidade” para defender a adoção de uma perspectiva neutra da Constituição econômica, quando se estiver diante de normas classificáveis como princípios ou como conceitos jurídicos indeterminados. Afinal, a ductibilidade, manifestada no caráter compromissório da Constituição, dá ensejo a uma ambivalência, de tal sorte existirem princípios contrapostos tendentes a conferir aos agentes eleitos de cada momento a seleção dos variados modelos ou formas de ordenar a vida econômica, e o maior ou menor protagonismo do Estado. Assim, nas suas palavras, “quanto maior a tecnicidade e as justificativas da medida, tanto menor o controle judicial” (CYRINO, 2018, p. 316), sendo possível o controle nos espaços de ductibilidade quando as medidas forem (1) manifestamente inadequadas e não atenderem a um mínimo de eficiência; e (2) manifestamente inexigíveis, diante da possibilidade de que fosse adotada estratégia menos restritiva. Por conseguinte, dentro de uma escala de deferência saudável, o controle judicial da intervenção econômica, sobretudo no âmbito da regulação financeira, deverá ser mais forte quando se estiver diante de regras e das zonas de certeza dos conceitos jurídicos indeterminados, ao passo que deverá ser brando e diminuto quando se estiver diante da realização de princípios ou na zona de penumbra dos conceitos jurídicos indeterminados, atentando-se às consequências práticas, jurídicas e administrativas da decisão e aos obstáculos e dificuldades reais do gestor, conforme os arts. 20, 21 e 22, todos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Conclusão

Vê-se, portanto, que o estágio atual da doutrina administrativista não admite a criação de óbices apriorísticos ao controle judicial das escolhas regulatórias, com base na mera invocação de fórmulas como “ato discricionário”, “discricionariedade técnica”, “conceitos jurídicos indeterminados”, entre outros. Afinal, as funções de ordenação da vida econômica não passam de um plexo dúctil de conformações possíveis entre posições individuais e coletivas, com vistas à realização da democracia e dos direitos fundamentais, sendo insuficiente buscar aspectos cognitivos sindicáveis e aspectos volitivos insindicáveis ao Poder Judiciário na regulação financeira.

A constitucionalização do Direito Administrativo propiciou o desenvolvimento de uma nova concepção de discricionariedade administrativa, hoje submetida ao ordenamento jurídico como um todo. Assim, a presença de limites constitucionais e legais da função normativa do CMN e do BCB, ainda que perfeitamente identificável uma discricionariedade em suas atividades e uma complexa apreciação técnica do mercado financeiro, torna imperiosa a gradativa vinculação aos diferentes graus da juridicidade.

Verificou-se também a existência de limitações relativas à capacidade institucional do Judiciário na apreciação das escolhas regulatórias no mercado financeiro. Isso porque os tribunais não estão acostumados a solucionar controvérsias multipolares e prospectivas, bem como demandantes de análises prognósticas. Ademais, os tribunais apresentam uma *expertise* institucional inferior à do regulador, em virtude da influência do aparelhamento técnico e de pessoal e da experiência historicamente acumulada, bem como apresentam limitações de natureza formal na sua atuação, diante do princípio da demanda, do acesso regrado às informações relevantes e ao dinamismo reduzido do processo judicial.

A postura não deferente do Poder Judiciário em face das escolhas regulatórias trazem graves riscos à coerência e à dinâmica regulatória, pois pode desconsiderar relevantes decisões preliminares que informam determinada política regulatória levada a efeito pela autoridade administrativa; pode produzir a fragmentação substancial ou geográfica de um programa regulatório específico, em razão de limitações processuais; pode comprometer a efetividade da intervenção com a concessão de liminares ou antecipação de tutela, mediante a suspensão das decisões administrativas; e pode causar a “ossificação” da ação administrativa, decorrente do esforço para satisfazer as exigências excessivas do Judiciário. A propósito, Bruno Meyerhof Salama e Thiago Jabor Pinheiro (2015, p. 33-34), de forma percuciente, identificaram a judicialização crescente após 1988, sobretudo em relação ao período de hiperinflação brasileira, como uma das causas de insegurança jurídica no mercado financeiro, elevando o custo do crédito no país, o que demonstra uma indevida interferência judicial na condução de políticas monetárias.

Defende-se, dessa maneira, a inserção de uma visão institucional, cuja principal referência são os professores Cass Sunstein e Adrian Vermeule, em relação ao controle do exercício da competência discricionária do CMN e do BCB, o que, por óbvio, não se confunde com a insindicabilidade judicial. Afinal – mesmo quando presentes os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios da Constituição econômica, previstos no art. 170 da CRFB e em outros dispositivos constitucionais (segundo e terceiro graus de vinculação administrativa à juridicidade) – sempre haverá algum conteúdo capaz de servir como parâmetro ao controle judicial, devendo-se adotar, nessa medida, uma deferência saudável às escolhas regulatórias dos entes competentes.

Referências

- AUGUSTIN, Sérgio. A problemática dos conceitos indeterminados e a discricionariedade técnica. In: **Juris Plenum Direito Administrativo**, v. 7, 2015, p. 151-164.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16^o ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.
- BARR, Michael S. Accountability and independence in financial regulation: checks and balances, public engagement, and other innovations. In: **Law & Contemp. Probs.**, 78, n. 3, 2015, p. 119-128.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, abr/jun 2005, p. 1-42.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: *Synthesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2013, p. 23-32.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3^o ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação, transformação político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. 2^o ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5^a ed., Coimbra: Almedina, 1992.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27^o ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 251, 2009, p. 61-79.
- COUTO E SILVA, Almiro. **Poder discricionário no direito administrativo brasileiro**. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 179, jan/jun 1990, p. 51-67.
- COUTO E SILVA, Almiro. **Correção de prova de concurso público e controle judicial**. In: **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57 Supl., 2004, p. 259-274.
- CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira**. 2^o ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DEÁK, Renato Albuquerque; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O princípio da legalidade e os limites do poder regulamentar. In: *Revista da Faculdade de Direito de Recife*, Recife, volume 89, n. 1, jan./jun 2017, p. 144-167.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (Redae)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, fevereiro/março/abril, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. **As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional. Uma mudança de paradigma?** Trad. Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 7º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos**. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 38, n. 151, jul/set 2001, p. 109-123.
- FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.
- GADAMER, Hans-Geor. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 4º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 18º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HEINEN, Juliano. Para uma nova concepção do princípio da legalidade em face da discricionariedade técnica. In: **Revista Forense**, v. 412, a. 106, nov./dez. 2010.
- HEINEN, Juliano. **Autolimitação administrativa e segurança jurídica**. In: **Direito, Estado e Sociedade**, n. 52, jan/jun 2018, p. 159-176.
- JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13º ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial**. In: **Revista da Escola da Magistratura Federal da 5º Região**, n. 8, dez. 2004.

- KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 4º ed. Niterói: Impetus, 2010.
- MASTRODI, Josué. COSTA, Lucas Rocha Mello Emboaba da. A discricionariedade técnica e o controle político das agências reguladoras no Brasil. In: **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 15, n. 62, out./dez. 2015, p. 165-191.
- MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3º ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O controle judicial dos atos administrativos. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 152, abr./jun 1983, p. 1-15.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2 ed. Belo Horizontes: Fórum, 2018.
- MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. The real world of arbitrariness review. In: **University of Chicago Law Review**, 761, 2008.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de (1689-1755). **Do espírito das leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- MOREIRA, Vital. **Autoregulamentação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza jurídica, competência normativa limites de atuação. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, jan./mar. 1999, p. 71-83.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O novo papel do Estado na economia. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 241, jul./set. 2005, p. 1-19.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Reinstitutionalização da ordem econômica no processo de globalização. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 204, abr./jun. 1996, p. 135-144.

- MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Há uma discricionariedade técnica? In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, v. 26, p. 107-148, 2016.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração pública, legalidade e pós-positivismo. In: **Princípio da Legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 203-220.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Intervenção estatal sobre o domínio econômico, livre iniciativa e proporcionalidade. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 224, abr/jun 2001, p. 285-299.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Ato administrativo**. 5º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- PEREIRA, César A. Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, jan/mar 2003, p. 217-267.
- PIRES, Luís Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. 3º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- RIBAS, Carolline Leal; CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli de. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 268, jan/abr 2015, p. 83-116.
- ROMAN, Flávio José. **Discricionariedade técnica na regulação econômica**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ROMAN, Flávio José. Os regulamentos e as exigências da legalidade: estudo sobre a viabilidade dos regulamentos delegados no ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação (**Mestrado em Direito do Estado**) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.
- SALAMA, Bruno Meyerhof; PINHEIRO, Thiago Jabor. Citizens vs. Banks – Institutional Drivers of Financial Market Litigiousness in Brazil. In: **Revista Direito GV**, v. 72, p. 3, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2335116>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.
- SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**, 2008. Disponível em <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2019.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In: **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 5, n. 20, abr./jun. 2005, p. 145-165.

- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25^a Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9^o ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.
- SILVEIRA, André Bueno da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 275, p. 109-146, mai/ago. 2017.
- SOUZA, Fábio. **Quem deve decidir? Confiança na aptidão decisória como critério de definição dos limites do controle judicial das decisões administrativas**. Curitiba: Alteridade Editora, 2018.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6^o ed. São Paulo: LTr, 2005.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos**. 2^o ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4^oed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. 1^oed. 2^o tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.
- SUNSTEIN, Cass R. **After the rights revolution: reconceiving the regulatory state**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- SUNSTEIN, Cass R. VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. In: Chicago Law & Economics, **Working Paper** n. 156; Chicago Public Law Research Paper n 28. Julho 2002. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=320245>. Acesso em: 2 jan. 2019.
- SUNSTEIN, Cass R. Chevron as law. In: **Georgetown Law Journal**, Forthcoming, jan. 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3225880>. Acesso em: 10 jan. 2019.
- TÁCITO, Caio. O controle judicial da administração pública na nova Constituição. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 173, 198, p.25-33.
- TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. 2^o ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- TUCKER, Paul. **Unelected power: the quest for legitimacy in central banking and the regulation state**. Princeton: Princeton University Press, 2019.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- VERMEULE, Adrian. **Law's Abnegation: from law's empire to the administrative state**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.