

# ÍNDICE SISTEMÁTICO

<i>Apresentação da 1ª edição</i> .....	XIII
--	------

## Parte I – Os Princípios

<i>André-Jean Arnaud: “O Direito Contemporâneo entre Regulamentação e Regulação: o Exemplo do Pluralismo Jurídico”</i> .....	3
1. Um realismo limitado: a apreensão do pluralismo pela dogmática sob o reinado do normativismo jurídico .....	4
2. Um legalismo renovado: a apreensão do pluralismo pela análise sociocultural dos sistemas jurídicos .....	9
2.1. A alternativa: ensaio de taxonomia .....	9
2.2. Estruturação e dinâmica do pluralismo com fundamento cultural .....	13
<i>André Fontes: “A Dubiedade Constitucional da Ordem Econômica”</i> .....	17
<i>Carlos Roberto Siqueira Castro: “Função Normativa Regulatória e o Novo Princípio da Legalidade”</i> .....	21
1. O fenômeno da difusão normativa .....	37
2. A regulação econômica pelo Poder Executivo .....	41
3. O modelo regulatório brasileiro. As experiências norte-americana e francesa .....	48
<i>José dos Santos Carvalho Filho: “Agências Reguladoras e Poder Normativo”</i> .....	59
1. Introdução .....	59
2. Poder legiferante e regulamentar .....	59
3. Leis e regulamentos em sistemas estrangeiros .....	61
4. As agências reguladoras .....	62
5. A questão do poder normativo das agências reguladoras .....	64
6. Conclusões .....	69
<i>Glauco Martins Guerra: “Princípio da Legalidade e Poder Normativo: Dilemas da Autonomia Regulamentar”</i> .....	71
1. Substrato da questão .....	71
2. Os conceitos .....	71
3. A crise da lei .....	75
4. A reserva legal e seus preceitos constitucionais .....	77
5. O conteúdo da relação de legalidade .....	78
6. O direito positivo no foco do princípio da legalidade .....	78
7. Ação administrativa e discricionariedade. A vontade administrativa .....	81
7.1. Discricionariedade .....	82
7.2. Aproximação entre legalidade e discricionariedade .....	84
8. O direito positivo e a teoria dos regulamentos .....	84
8.1. A ação administrativa regulamentar .....	86
8.2. Regulamento decorre de delegação legislativa? .....	87
9. O destino do princípio da legalidade .....	88

10. Conclusões .....	90
11. Bibliografia.....	93
<i>Marcos Juruena Villela Souto: “Extensão do Poder Normativo das Agências Reguladoras” ..</i>	95
1. Introdução.....	95
2. A questão da legitimidade do poder normativo das agências .....	96
3. Quando regular por meio de normas? .....	98
4. Os contratos como moldura regulatória.....	98
4.1. A fonte da regulação pode estar no contrato de gestão.....	98
4.2. O contrato de concessão como moldura regulatória .....	99
5. A questão dos parâmetros para o exercício da atividade regulatória .....	99
6. Controle dos elementos do ato regulatório .....	100
7. A interpretação explicativa do princípio da eficiência.....	100
8. A interpretação corretiva .....	101
9. Os princípios citados são extraídos da Constituição .....	101
10. Conclusões .....	107
<i>Giovani R. Loss: “Contribuições à Teoria da Regulação no Brasil: Fundamentos, Princípios e Limites do Poder Regulatório das Agências” .....</i>	109
1. Introdução.....	109
2. Teorias da regulação .....	111
2.1. Teoria do interesse público .....	112
2.2. Teoria da falha regulatória.....	114
2.3. Teoria econômica da regulação.....	117
2.4. Teoria da organização administrativa .....	119
3. Contribuições à teoria da regulação no Brasil.....	120
3.1. Fundamentos da regulação .....	122
3.2. Princípios da regulação.....	123
3.3. Limites do poder regulatório das agências .....	125
4. Conclusão .....	128
5. Bibliografia.....	129
<i>Egon Bockmann Moreira: “Os Limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras” ...</i>	131
1. Introdução.....	131
2. O direito administrativo da economia e a competência regulatória .....	132
2.1. As agências reguladoras como autarquias (especiais) .....	132
2.2. O regime jurídico de direito administrativo da economia .....	134
3. Os limites formais e substanciais à competência normativa das agências .....	139
4. O processo de elaboração de normas regulamentares e respectivas fronteiras .....	144
4.1. A processualização da produção dos regulamentos administrativos e a “americanização” do Direito.....	145
4.2. A Constituição brasileira de 1988 e o Estado Democrático de Direito: controle pleno dos atos do Poder Público.....	149
4.3. Direito e processo administrativo: de instrumento para composição de conflitos a instrumento legitimador de normas?.....	152
4.4. As agências reguladoras brasileiras e a legitimação pelo procedimento: a “democratização seletiva” .....	153
4.4.1. A realização de consultas e audiências: competência discricionária ou vinculada? A participação é essencial ou circunstancial? A legitimação é real ou potencial? .....	154
4.4.2. A amplitude dos possíveis participantes: a espontaneidade e a Internet. ...	158
4.4.3. Os interessados, os regulados e a efetiva participação .....	160
4.4.4. A efetiva participação: um exemplo de quem participa da legitimação pelo procedimento.....	160

4.4.5. A “avalanche normativa”: quanto mais normas, maior a legitimidade democrática? .....	162
4.5. A “discrecionalidade técnica” e o controle do Poder Público .....	163
5. Conclusões .....	165
<i>Alexandre Santos de Aragão: “Atividades Privadas Regulamentadas”</i> .....	167
1. Natureza jurídica .....	167
2. O Direito fundamental de livre-iniciativa nas atividades privadas regulamentadas ..	172
3. O núcleo essencial da iniciativa privada como limite da regulação .....	175
3.1. Impossibilidade de invocação de uma suposta supremacia do interesse público ..	179
3.2. Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado .....	180
4. Limites e possibilidades de imposição de obrigações positivas .....	181
5. Autorizações administrativas operativas .....	184
6. Autorizações vinculadas .....	188
7. As atividades enumeradas no art. 21 da Constituição sujeitas à autorização .....	192
<i>Tercio Sampaio Ferraz Junior: “O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio da Eficiência”</i> .....	205
1. A questão .....	205
2. Considerações iniciais sobre a ordem constitucional econômica .....	207
3. Limites constitucionais à delegação de poderes .....	209
4. O poder normativo das agências e as mudanças constitucionais .....	212
5. O princípio da eficiência e as mudanças constitucionais .....	215
6. Os limites impostos pela eficiência .....	220
7. A independência das agências e seus limites na legislação brasileira .....	223
 Parte II – Legitimidade do Processo Normativo e Controle  	
<i>Marçal Justen Filho: “Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na ‘Regulação Independente’?”</i> .....	227
1. O déficit democrático: questão inerente à configuração estatal vigente? .....	228
2. Primeira questão: a relação entre agência e democracia .....	228
2.1. Rudimentos sobre o conceito de “democracia” .....	229
2.2. Democracia e restrições à “vontade” popular .....	230
2.3. A ausência de um modelo único ou padronizado de “democracia” .....	230
2.4. Impossibilidade de eleição de “paradigmas cristalizados” para avaliação da questão .....	231
2.5. Democracia como conjugação de estruturas e processos decisórios complexos ..	231
2.6. Diversas vias de legitimação democrática .....	232
3. A “crise” da democracia .....	233
3.1. Agências independentes e o déficit democrático do Estado (“déficit externo”) ..	233
3.2. Ainda o déficit democrático do Estado: a crise de legitimidade política .....	234
3.3. Síntese: as agências em face do déficit democrático “externo” .....	234
3.4. Primeira conclusão: a relação entre agência e sistema político democrático .....	235
4. As agências independentes e um conceito próprio de déficit democrático .....	236
5. O déficit democrático “interno” das agências: a pluralidade de enfoques .....	237
6. A democracia nas agências sob o prisma estrutural .....	237
6.1. Composição colegiada e competências conjuntas .....	237
6.2. Disciplina sobre a escolha dos membros .....	238
6.2.1. Inexistência de déficit democrático pela ausência de escolha por sufrágio popular .....	238

6.2.2. O déficit democrático derivado do processo de escolha . . . . .	238
6.2.3. Fracionamento da competência para nomeação dos membros das agências . . . . .	238
6.2.4. Mandatos descoincidentes. . . . .	239
6.2.5. Requisitos de investidura. . . . .	239
6.3. Disciplina sobre a situação jurídica dos dirigentes das agências . . . . .	239
6.3.1. Garantia contra demissibilidade <i>ad nutum</i> . . . . .	239
6.3.2. Mandatos a prazo certo e vedação à recondução . . . . .	240
6.4. Disciplina sobre a competência regulatória . . . . .	240
6.4.1. Representação popular e processo decisório estatal . . . . .	240
6.4.2. Transferência limitada e condicionada de poderes decisórios. . . . .	241
6.4.3. A insuficiência das concepções tecnicistas . . . . .	241
6.4.3.1. A existência de critérios valorativos subjacentes . . . . .	241
6.4.3.2. Os limites à revisibilidade jurisdicional . . . . .	242
6.4.3.3. A insuficiência lógica do argumento da legitimação técnica. . . . .	243
6.4.3.4. Descompromisso democrático e perda da eficiência . . . . .	243
6.4.4. Decisão constitucional sobre a extensão das competências das agências. . . . .	244
7. A democracia nas agências sob o prisma funcional . . . . .	244
7.1. Repressão a qualquer modalidade de atuação autoritária ou prepotente . . . . .	244
7.2. Consagração do devido processo administrativo. . . . .	245
7.2.1. A questão da “legitimação pelo procedimento” . . . . .	245
7.2.2. A definição democrática do devido processo administrativo . . . . .	246
7.2.3. A consagração de um processo administrativo democrático . . . . .	246
7.3. Participação popular e da sociedade . . . . .	247
7.3.1. A necessidade da participação da sociedade . . . . .	247
7.3.2. A insuficiência da publicidade “passiva” . . . . .	247
7.3.3. A participação externa relevante . . . . .	248
7.4. Controle externo . . . . .	248
7.4.1. Controle externo pelo Poder Executivo . . . . .	248
7.4.2. Controle externo pelo Poder Legislativo . . . . .	248
7.4.3. Controle externo pelo Poder Judiciário . . . . .	248
8. A impossibilidade de independência absoluta . . . . .	249
9. Conclusão: existe um déficit democrático na regulação independente? . . . . .	249

<i>Paulo Todescan Lessa Mattos: “Autonomia Decisória, Discricionariedade Administrativa e Legitimidade da Função Reguladora do Estado no Debate Jurídico Brasileiro” . . . . .</i>	251
1. Introdução. . . . .	251
2. A autonomia decisória das agências reguladoras e o problema da legitimidade no plano do Direito Constitucional brasileiro . . . . .	255
3. A formação de políticas públicas setoriais no direito brasileiro: o conflito entre racionalidade substantiva e racionalidade formal . . . . .	262
4. Conclusão. . . . .	272

<i>Maria D’Assunção Costa: “Regimentos Internos das Agências Reguladoras e a Transparência Administrativa” . . . . .</i>	275
1. Introdução. . . . .	275
2. Procedimentos internos – regimentos . . . . .	276
3. Conclusões . . . . .	282

<i>Marcos Paulo Verissimo: “Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências de Regulação Brasileiras” . . . . .</i>	283
1. Uma primeira nota sobre a separação de poderes (delimitação de algumas premissas). . . . .	283
2. Separação de poderes e o papel constitucional do Poder Judiciário no direito brasileiro. . . . .	285
3. Controle de atos administrativos: rápida evolução . . . . .	287

4. A colocação do problema .....	290
5. A noção de <i>legalidade</i> e a discricionariedade como um “falso dilema” .....	292
6. A jurisprudência americana .....	295
7. Conceitos jurídicos indeterminados .....	300
8. <i>Ativismo judicial</i> e <i>self-restraint</i> ; aptidão institucional e multiplicidade dos critérios para a definição dos vários graus de revisão judicial da ação administrativa .....	305
9. Uma recomendação final .....	311
<i>Fábio Barbalho Leite: “O Controle Jurisdicional de Atos Regulamentares das Agências Reguladoras diante do Princípio da Moralidade Administrativa” .....</i>	<i>315</i>
1. Algumas considerações introdutórias .....	316
1.1. Regulação econômica e agências reguladoras .....	316
1.2. Considerável superação da discussão sobre constitucionalidade das agências reguladoras .....	318
1.3. Controle das agências reguladoras – plano do trabalho .....	319
2. A relação lei-regulamento e a margem de discricção político-jurídica para o regulamento .....	320
2.1. A extensão do Princípio da Legalidade no Brasil (1ª aproximação) .....	320
2.2. Mitigação da legalidade estrita e extensa .....	321
2.3. Prescindibilidade da lei como fundamento para atos e fatos administrativos concretizadores de direitos fundamentais .....	322
2.4. Princípio da legalidade e regulamento (cont.) .....	323
2.5. Espaço regulamentar como abarcante da potencialidade deixada pela lei .....	324
2.6. Parâmetro de controle da interdição de delegação legislativa indevida .....	326
3. A competência regulamentar das agências reguladoras .....	329
3.1. Competência regulamentar das agências reguladoras .....	329
3.2. Fundamento constitucional das competências regulamentares das agências reguladoras .....	331
3.3. Relação lei-resolução de agência reguladora .....	332
4. O conteúdo do Princípio da Moralidade – elementos para controle do mérito de atos normativos abstratos das agências reguladoras .....	333
4.1. Referência original do Princípio da Moralidade no direito brasileiro .....	333
4.2. Sistematização original do Princípio da Moralidade .....	334
4.3. A função/sentido original do Princípio da Moralidade .....	334
4.4. Definição e corolários da moralidade administrativa .....	335
4.5. Substancialização da legalidade; função atual da moralidade administrativa .....	338
4.6. Corolários da moralidade administrativa para a regulação estatal .....	339
4.7. Relativismo da moralidade administrativa .....	339
5. O controle jurisdicional de atos regulamentares .....	341
5.1. Relação direta Constituição-regulamento .....	341
5.2. Modelos processuais de controle jurisdicional da constitucionalidade .....	342
5.3. O controle difuso da constitucionalidade de regulamentos .....	342
5.4. Controle concentrado de constitucionalidade de regulamentos .....	344
5.5. Eficácia temporal e material da decisão do controle de constitucionalidade .....	349
6. Conclusões e casuística possível para o controle de constitucionalidade de regulamentos perante o Princípio da Moralidade Administrativa .....	352
<i>Sérgio Guerra: “Agências Reguladoras e a Supervisão Ministerial” .....</i>	<i>359</i>
1. Introdução .....	359
2. Da natureza jurídica das agências reguladoras .....	361
3. Estrutura organizacional .....	364
4. Das leis específicas de criação das agências reguladoras. A vinculação das agências aos Ministérios .....	366
5. Do cabimento de recurso hierárquico impróprio contra as decisões finais das agências reguladoras .....	370

6. Da interposição do recurso hierárquico impróprio .....	379
7. Conclusão .....	382
<i>Thiago Marrara: “A Legalidade na Relação entre Ministérios e Agências Reguladoras”</i> .....	383
1. Introdução .....	383
2. A complexidade dos ordenamentos: pluralismo, pluricentrismo e plurimodalidade normativa .....	383
3. Legalidade, administração e Estado de Direito .....	386
4. Identificando a legalidade por meio de funções estatais .....	387
5. O ato normativo nas funções do Estado .....	389
6. Um caso concreto: Ministérios e agências reguladoras .....	390
7. As atribuições constitucionais dos Ministérios .....	390
8. As atribuições legais das agências reguladoras .....	393
9. Orientações ministeriais e poder normativo das agências reguladoras .....	394
10. Conclusão: um retorno à legalidade como compatibilidade .....	398
11. Bibliografia .....	400

### Parte III - Aspectos Específicos

<i>Alexandre Santos de Aragão e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio: “Omissão no Exercício do Poder Normativo das Agências e a Concorrência Desleal”</i> .....	403
1. Introdução .....	403
2. O poder de polícia administrativa: breves considerações .....	404
3. A constituição econômica e a atividade de polícia das agências reguladoras .....	406
4. A feição normativa do poder de polícia das agências no âmbito da constituição econômica .....	409
5. Omissão regulatória .....	412
6. Omissão normativa e falseamento das condições de concorrência .....	412
7. Omissão fiscalizatória do ente regulador .....	417
8. A responsabilidade civil do Estado por omissão no exercício da competência normativa e executivo-fiscalizatória .....	418
9. Alguns remédios jurídicos em caso de omissão normativa da autoridade reguladora ..	422
10. Conclusão: a procedimentalização da produção de normas regulatórias como concretização dos valores constitucionais .....	424
11. Bibliografia .....	424
<i>Floriane de Azevedo Marques Neto: “Discrecionalidade e Regulação Setorial – O Caso do Controle dos Atos de Concentração por Regulador Setorial”</i> .....	427
1. A relativa discrecionalidade do regulador .....	428
2. A estrita vinculação do regulador aos seus regulamentos: imprestabilidade jurídica do chamado <i>waver</i> .....	437
3. O conceito operacional de controle no direito regulatório .....	442
4. O exemplo da Resolução ANATEL n. 101 e seu contexto .....	448
5. Conclusão .....	452
<i>Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara: “O Poder Normativo das Agências em Matéria Tarifária e a Legalidade: o Caso da Assinatura do Serviço Telefônico”</i> .....	455
1. Introdução .....	455
2. As normas setoriais referentes à cobrança de assinatura mensal de STFC .....	457
3. Há abusividade na cobrança de assinatura? .....	462
3.1. O conceito de abusividade no Código de Defesa do Consumidor .....	464
3.2. A noção de abusividade e a cobrança de um valor mínimo (assinatura) pela oferta de serviços .....	466

3.3. Fundamentos para a cobrança de assinatura no STFC .....	469
4. Inaplicabilidade de regime tributário (das taxas) .....	471
4.1. A constitucionalidade da aplicação do regime tarifário a serviços públicos .....	472
4.2. Aplicabilidade do regime tarifário ao serviço de telefonia fixa .....	474
4.2.1. A telefonia fixa local não é um serviço público de caráter obrigatório .....	474
4.2.2. A telefonia fixa local é prestada por particular (concessionária) .....	475
4.2.3. O serviço não é cobrado quando está apenas à disposição do usuário .....	476
5. Conclusão .....	477
 <i>Gustavo Binenbojm: "Agências Reguladoras, Legalidade e Direitos Fundamentais – Limites aos Poderes Normativo e Sancionatório da Anvisa na Regulação de Produtos Fumígenos" ..</i>	 479
1. Contextualizando as agências reguladoras nos Estados Unidos e no Brasil: mão e contramão .....	479
2. Limites aos poderes normativo e sancionatório da Anvisa na regulação de produtos fumígenos – um estudo de caso .....	486
3. Os cupons informativos não constituem propaganda comercial, não estando, assim, sujeitos ao art. 3º, <i>caput</i> , da Lei n. 9.294/96 (na redação da Lei n. 10.167/2000) .....	487
3.1. O <i>insert/onsert</i> é, atualmente, um <i>impresso informativo</i> fornecido pelo fabricante do produto, cuja veiculação é admitida pelo Código de Defesa do Consumidor .....	487
3.2. A veiculação do <i>insert/onsert</i> constitui complemento do dever geral de informar do fabricante de cigarros e representa uma forma de concretização dos direitos fundamentais de informação (CF, art. 5º, XIV) e à defesa do consumidor (art. 5º, XXXII) .....	492
4. Ainda que os cupons informativos constituíssem propaganda, sua veiculação estaria assegurada pela Constituição da República e pela própria Lei n. 9.294/96 (na redação da Lei n. 10.167/2000) .....	494
4.1. Como manifestação da liberdade de expressão e informação da indústria de cigarros (CF, art. 5º, IX e XIV), a veiculação do <i>insert/onsert</i> , também por essa razão, desfruta do regime jurídico-constitucional aplicável aos direitos fundamentais. As restrições à atividade de comunicação da indústria de cigarros, impostas com base no art. 220, § 3º, II, e § 4º, CF, devem atender, rigidamente, às finalidades constitucionais (art. 220, § 3º, II) e às exigências do princípio da proporcionalidade (CF, art. 1º c/c art. 5º, LIV) .....	494
4.2. Violação à reserva legal qualificada .....	497
4.3. Violação à reserva legal absoluta .....	498
4.4. Violação ao princípio da proporcionalidade .....	499
5. Os cupons informativos não impedem ou dificultam a visualização de qualquer advertência, imagem, logomarca ou telefone constante do rótulo do produto, sendo-lhes inaplicável o art. 4º da Resolução RDC n. 335/2003 (que revogou o art. 7º da Resolução RDC n. 104/2001) .....	503
 <i>Vitor Rhein Schirato: "Algumas Considerações Atuais sobre o Sentido de Legalidade na Administração Pública" .....</i>	 507
1. Introdução e colocação do tema .....	507
2. Da legalidade à juridicidade .....	509
3. A relação da atuação da Administração Pública com a lei .....	511
4. Relação de legalidade e discricionariedade administrativa .....	514
5. Controle jurisdicional dos atos administrativos .....	516
6. Conclusão .....	517
7. Bibliografia .....	517