



Gustavo Binenbojm
André Cyrino
Alice Voronoff
Rafael L. F. Koatz

DIREITO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA

Teoria e prática

Área específica
DIREITO ADMINISTRATIVO.

FORMATO: 17 × 24 cm
CÓDIGO: 10001731

Contratações públicas

- Aplicabilidade da exceção do contrato não cumprido aos contratos administrativos
- Equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno
- Extensão de prazo, investimentos e preservação da equação econômica
- Contratos de desempenho com a Administração Pública

Disciplina de atividades econômicas e serviços públicos

- Autorregulação profissional e restrição à livre concorrência
- Assimetria regulatória no setor de transporte coletivo de passageiros
- Regulação do mercado de capitais e liberdade de informação
- Regulação do setor de saúde suplementar: objetivos, possibilidades e limites

Regime jurídico das empresas estatais

- Contrato de seguro D&O em favor dos gestores
- Interesses institucionais e interesses dos acionistas
- Participações de bancos públicos em empresas privadas

LINDB e Lei da Liberdade Econômica (LLE)

- O art. 28 da LINDB: cláusula geral do erro administrativo
- Análise de Impacto Regulatório e o art. 5º da LLE
- Atos de liberação e o silêncio administrativo na LLE

Regulação e novas tecnologias

- Disrupção tecnológica e a dinâmica das mudanças regulatórias
- *Over the Top*: o conflito entre a internet e a Lei da TV por assinatura
- Transporte coletivo de passageiros por aplicativos e linhas regulares de ônibus

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com a AACR2

D598 Direito da regulação econômica: teoria e prática / Gustavo Binenbojm, André Cyrino, Alice Voronoff, Rafael L. F. Koatz. – Belo Horizonte : Fórum, 2020.
400p.; 17 cm x 24 cm

ISBN: 978-85-450-0744-9

1. Direito Administrativo. 2. Direito Regulatório. I. Binenbojm, Gustavo. II. Cyrino, André. III. Voronoff, Alice. IV. Koatz, Rafael L. F. V. Título.

CDD: 341.3

CDU: 342.9

Elaborado por Daniela Lopes Duarte – CRB-6/3500

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

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L. F. Direito da regulação econômica: teoria e prática. Belo Horizonte: Fórum, 2020. 400p. ISBN 978-85-450-0744-9.

Gustavo Binenbojm é Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School (EUA). Professor Emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Membro das Comissões de Estudos Constitucionais e de Direito Econômico do Conselho Federal da OAB. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Sócio de Binenbojm & Carvalho Britto Advocacia.

André Cyrino é Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School (EUA). Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Sócio de Binenbojm & Carvalho Britto Advocacia.

Alice Bernardo Voronoff é Doutora e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Sócia de Binenbojm & Carvalho Britto Advocacia.

Rafael L. F. Koatz é Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Sócio de Binenbojm & Carvalho Britto Advocacia.

APRESENTAÇÃO.....	15
-------------------	----

PARTE I
CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

CAPÍTULO 1

EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO COMO CLÁUSULA NÃO OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ESTUDO DE CASO: CONTRATO DE ARRENDAMENTO PORTUÁRIO.....	19
1.1 Introdução.....	19
1.2 Aplicação da exceção do contrato não cumprido no Direito Administrativo brasileiro. Premissas teóricas e normativas para a compreensão do tema	21
1.2.1 Quanto à indisponibilidade do interesse público	22
1.2.2 Quanto ao princípio da continuidade do serviço público	24
1.2.3 Quanto ao princípio da legalidade.....	25
1.2.4 Em conclusão: não há uma regra geral de inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido nos contratos administrativos	29
1.3 O contrato de arrendamento portuário celebrado entre as partes e sua natureza híbrida	30
1.4 Legitimidade da oposição da exceção do contrato não cumprido na hipótese sob exame.....	33
1.4.1 As Leis nº 8.630/93, nº 8.987/95 e nº 8.666/93 não disciplinam a aplicação da exceção do contrato não cumprido à hipótese objeto do parecer, nem contêm dispositivos que a vedem	33
1.4.2 As cláusulas do Contrato de Arrendamento disciplinam a hipótese de fato da Administração e autorizam a aplicação supletiva da teoria geral dos contratos – o que respalda a invocação da exceção do contrato não cumprido	35
1.5 Conclusão.....	38

CAPÍTULO 2

EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO, MATRIZ DE RISCOS E O USO DA TAXA INTERNA DE RETORNO (TIR) COMO CRITÉRIO FUNDAMENTAL PARA RECOMPOSIÇÃO DA EQUAÇÃO FINANCEIRA EM CONTRATO DE CONCESSÃO	41
2.1 Introdução.....	41
2.2 Contratos de concessão e seu equilíbrio econômico-financeiro. Vinculação permanente e a definição da matriz de risco	44
2.3 O necessário respeito às premissas financeiras do plano de negócios e o momento correto do implemento do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.....	49
2.3.1 A TIR estipulada no Plano de Negócios incorpora a única fórmula capaz de reequilibrar efetiva e integralmente a equação financeira do Contrato de Concessão.....	49
2.3.2 O marco temporal para o cálculo do reequilíbrio: aplicação da TIR do projeto até o momento do efetivo aporte financeiro, devidamente atualizado. As três etapas de consolidação da recomposição da equação financeira.....	52
2.4 Conclusão.....	55

CAPÍTULO 3

DIFERENÇAS ENTRE PRORROGAÇÃO E EXTENSÃO DO CONTRATO. DILAÇÃO DO PRAZO DE CONTRATO DE CONCESSÃO COMO FORMA DE RECOMPOSIÇÃO DO SEU EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	59
3.1 Introdução.....	59

3.2	Os contratos de concessão de serviços públicos e sua incompletude inerente: manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e mecanismos de recomposição	60
3.3	Dilação do prazo contratual e viabilização de novos investimentos. Mecanismo legítimo para assegurar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro	62
3.4	Inaplicabilidade à hipótese do precedente firmado pelo STJ no âmbito do Recurso Especial nº 1.549.406.....	66
3.5	Conclusão.....	68

CAPÍTULO 4

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE DESEMPENHO COM REMUNERAÇÃO VARIÁVEL E CONDICIONADA AO ÊXITO: POSSIBILIDADES E LIMITES À LUZ DA LEI Nº 8.666/1993		71
4.1	Introdução.....	71
4.2	Compatibilidade da remuneração variável com os dispositivos da Lei nº 8.666/1993.....	73
4.3	Cautelas necessárias para adoção da modelagem de contratos de desempenho ...	76
4.4	Conclusão.....	80

PARTE II REGULAÇÃO ECONÔMICA E SUA DISCIPLINA JURÍDICA

CAPÍTULO 5

REGULAÇÃO DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES PROFISSIONAIS. LIMITES AO EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIAS NORMATIVAS. O CASO DO CONSELHO PROFISSIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA		85
5.1	Introdução.....	85
5.2	O problema na origem. Limites ao poder normativo do Conselho Regional de Educação Física. Ausência de competência para disciplinar o objeto da resolução nº 106/2019 do CREF1	87
5.2.1	Uma questão preliminar: o regime jurídico dos Conselhos Profissionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	87
5.2.2	Os limites ao poder normativo dos Conselhos de Educação Física. Extrapolação do seu poder regulamentar	90
5.3	Ilegitimidade da Resolução nº 106/2019 do CREF1	96
5.3.1	Violação ao devido processo regulatório	96
5.3.2	Violação à isonomia e à razoabilidade. Necessário tratamento uniforme da questão no território nacional	100
5.3.3	Desproporcionalidade das imposições. Violação ao livre exercício da profissão e às liberdades econômicas	103
5.4	Conclusão.....	107

CAPÍTULO 6

ASSIMETRIA REGULATÓRIA NO SETOR DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS: A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º DA LEI Nº 12.996/2014.....		109
6.1	Introdução.....	109
6.2	A intervenção estatal no domínio econômico e a possibilidade de prestação dos serviços elencados no art. 21, XII, da Constituição em regime de autorização. O modelo de assimetria regulatória.....	111
6.3	A prestação do serviço de transporte coletivo interestadual e internacional sob o regime de autorização. Constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 12.996/2014	117
6.4	Conclusão.....	122

CAPÍTULO 7

REGULAÇÃO DA CVM E LIBERDADES DE INFORMAÇÃO E DE IMPRENSA NO MERCADO DE CAPITAIS. INSTRUÇÃO CVM Nº 598/2018: ABRANGÊNCIA E BALIZAS PARA A DELEGAÇÃO DE PODER DE POLÍCIA A PARTICULARES		125
7.1	Introdução.....	125
7.2	O caráter disruptivo da atividade de jornalismo especializado no mercado financeiro	129

7.3	O regime jurídico-constitucional da atividade jornalística e os limites à atividade regulatória da CVM.....	134
7.4	Ilicitude da delegação de funções regulatórias pela CVM à associação privada credenciadora.....	139
7.5	Conclusão.....	143

CAPÍTULO 8

	O MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL: SURGIMENTO, EVOLUÇÃO E DESAFIOS REGULATÓRIOS. ANÁLISE JURÍDICA DO MODELO DE FISCALIZAÇÃO E SANÇÃO ADOTADO PELA ANS: PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E O USO DE MEIOS ALTERNATIVOS.....	147
8.1	Introdução.....	147
8.2	O mercado de saúde suplementar no Brasil. Surgimento, evolução e regulação. Falhas de mercado e falhas de regulação.....	149
8.2.1	Breve contextualização histórica.....	149
8.2.2	O advento da Constituição de 1988 e o início da construção de um marco regulatório.....	151
8.2.3	A definição do marco regulatório do setor da assistência privada à saúde. Criação da ANS, falhas de mercado e delimitação dos objetivos regulatórios a serem perseguidos.....	152
8.2.4	Avanços, disfunções e falhas de regulação.....	157
8.3	O modelo fiscalizatório e sancionatório adotado pela ANS.....	160
8.3.1	A Notificação de Intermediação Preliminar (NIP) como procedimento pré-processual voltado à solução de conflitos.....	160
8.3.2	A fase de classificação residual das demandas e a instauração de processos administrativos sancionadores pela ANS a partir das NIPs não resolvidas.....	162
8.3.3	A utilização das NIPs para o cálculo do indicador de fiscalização e o regime de Intervenção Fiscalizatória.....	163
8.3.4	A utilização da NIP como indicador do acesso dos beneficiários aos serviços e procedimentos de cobertura assegurados pela legislação e as medidas previstas na RN nº 259/2011 e na IN DIPRO nº 48/2015.....	166
8.3.5	Exame da juridicidade do modelo fiscalizatório e sancionatório adotado pela ANS.....	168
8.3.5.1	Violação ao <i>non bis in idem</i>	169
8.3.5.2	Violação aos princípios da proporcionalidade (na dimensão da adequação), do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da culpabilidade e da presunção de inocência.....	171
8.3.5.3	Violação ao princípio da proporcionalidade, sob as dimensões de proibição de excesso e de desproporção entre a conduta reprovável e a sanção imposta.....	175
8.3.6	Propostas alternativas ao ciclo punitivo.....	178
8.3.6.1	Ampliação do uso de normas indutoras, que gerem incentivos positivos aos agentes econômicos.....	179
8.3.6.2	Ampliação do uso de Termos de Compromisso de Ajustamento de Condutas (TCAC) para a formalização de acordos substitutivos ou integrativos de sanções.....	180
8.4	Resposta às questões formuladas.....	183

CAPÍTULO 9

	FALHAS DE REGULAÇÃO NO MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR. O CARÁTER TAXATIVO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DEFINIDO PELA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR.....	191
9.1	Introdução.....	191
9.2	Competência da ANS para elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde: equilíbrio, sustentabilidade e operacionalidade do setor de saúde suplementar.....	193
9.2.1	O contexto de criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e seus objetivos institucionais.....	193
9.2.2	A competência atribuída à ANS para fixar o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde: previsão que se insere no contexto de equilíbrio esperado para o setor de saúde suplementar.....	196
9.3	Taxatividade do rol de procedimentos e eventos em saúde e os efeitos antijurídicos de uma leitura que lhe confira caráter meramente exemplificativo.....	202

9.3.1	O equilíbrio do sistema de saúde suplementar à luz da lógica securitária dos contratos de planos de saúde: previsibilidade nas prestações contratuais e incompatibilidade com a lista aberta de procedimentos	202
9.3.2	Riscos ao setor de seguros em decorrência da leitura ampliada do rol de procedimentos: externalidades negativas ao consumidor, à concorrência e ao sistema de saúde pública (SUS).....	205
9.3.3	A leitura ampliada do dispositivo e o conseqüente esvaziamento da competência da ANS: dever de deferência às capacidades institucionais da agência reguladora	210
9.4	Respostas às questões jurídicas objeto do estudo	213

PARTE III DIREITO DAS EMPRESAS ESTATAIS

CAPÍTULO 10

REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS CELEBRADOS POR EMPRESAS ESTATAIS EXPLORADORAS DE ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO		217
10.1	Introdução.....	217
10.2	A compreensão sobre o regime jurídico híbrido das estatais	220
10.2.1	A natureza privada dos contratos celebrados pela estatal contratante. Entidade exploradora de atividade econômica em sentido estrito, sob o regime concorrencial. Limites e possibilidades do exercício de prerrogativas contratuais	220
10.2.2	Observância pelas estatais dos princípios da Administração Pública (art. 173, §1º, III, da CRFB). Sentido e alcance da disposição constitucional.....	223
10.3	As cláusulas de definição do objeto e de custos incorridos no contrato. A matriz de riscos e o equilíbrio econômico-financeiro da parceria e dos contratos conexos.....	226
10.3.1	As cláusulas de definição do objeto do contrato.....	226
10.3.2	As cláusulas de definição de indenizações em caso de extinção antecipada da relação contratual	227
10.3.3	Unidade econômica da parceria e dos contratos conexos. Intangibilidade da equação econômico-financeira desses ajustes	229
10.4	Respostas aos quesitos	234

CAPÍTULO 11

REGIME JURÍDICO APLICÁVEL ÀS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. SUJEIÇÃO ÀS NORMAS DE DIREITO PRIVADO. APLICAÇÃO A ELAS E AOS SEUS ADMINISTRADORES DOS MESMOS DEVERES DE DILIGÊNCIA IMPOSTOS PELA LEI DAS S.A. ÀS SOCIEDADES POR AÇÕES		237
11.1	Introdução.....	237
11.2	As questões societárias e a responsabilidade da União, como acionista controladora da Consulente, e dos administradores, por prejuízos causados à companhia	241
11.2.1	O regime jurídico híbrido das sociedades de economia mista	241
11.2.2	Os limites do poder de controle da União na Consulente e os deveres a que sujeitos os administradores da companhia.....	244
11.3	A impositiva dissolução das controladas. Hipótese de redução da discricionariedade administrativa a zero.....	248
11.4	Desnecessidade de lei específica para a extinção das controladas.....	253
11.5	O regime de dissolução: a Lei nº 8.029/1990 como estatuto geral e as suas implicações processuais.....	256
11.5.1	A Lei nº 8.029/1990 é o estatuto geral das dissoluções societárias no processo de desestatização.....	256
11.5.2	O rito da Lei nº 8.029/1990.....	258
11.6	Respostas aos quesitos	259

CAPÍTULO 12

CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL (D&O) EM BENEFÍCIO DE GESTORES DE EMPRESAS ESTATAIS		263
12.1	Introdução.....	263

12.2	Responsabilidade dos administradores e mecanismos de promoção da gestão eficiente nas empresas: a assistência jurídica direta e o seguro D&O. Especificidades aplicáveis às empresas estatais à luz da jurisprudência do TCU..	266
12.2.1	Responsabilidade dos administradores e mecanismos de promoção da gestão eficiente nas empresas: uma lógica de incentivos.....	266
12.2.2	A regulamentação do seguro D&O no Brasil	269
12.2.3	A jurisprudência do TCU. A contratação de seguro D&O e o custeio da defesa de administradores por empresas estatais.....	272
12.3	Respostas aos quesitos	277

CAPÍTULO 13

	INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. JURIDICIDADE DE OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS NO MERCADO DE CAPITAIS.....	293
13.1	Introdução.....	293
13.2	A Constituição brasileira e o papel do Estado na economia	295
13.3	O BNDES e sua subsidiária integral, a BNDESPAR: objetivos regulatórios, formas de atuação e a lógica inerente às diferentes formas de fomento da atividade econômica.....	299
13.3.1	Contratos de empréstimo	302
13.3.2	Operações em renda variável.....	303
13.4	O controle da atuação da BNDESPAR: contornos e limites	307
13.5	Respostas aos quesitos	311

PARTE IV COMENTÁRIOS A ASPECTOS DA LINDB E DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA

CAPÍTULO 14

	O ART. 28 DA LINDB: A CLÁUSULA GERAL DO ERRO ADMINISTRATIVO	315
14.1	Introdução.....	315
14.2	Exegese e aplicações imediatas do art. 28	317
14.3	Algumas falácias sobre o art. 28 da LINDB	324
14.4	Conclusão.....	328

CAPÍTULO 15

	ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E SUA PREVISÃO NA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA. EXTENSÃO, ALCANCE, METODOLOGIA E ANÁLISE CRÍTICA	329
15.1	Introdução.....	329
15.2	Extensão e alcance da norma legal.....	330
15.3	Regulamento: início da vigência, metodologia, obrigatoriedade e dispensa	331
15.4	Críticas à AIR e possíveis respostas em sua defesa	333
15.5	Conclusão.....	334

CAPÍTULO 16

	OS ATOS DE LIBERAÇÃO E O SILÊNCIO ADMINISTRATIVO: ALGUNS LIMITES E POSSIBILIDADES.....	337
16.1	Introdução.....	337
16.2	A ilegitimidade da inércia administrativa, a antiga busca por uma solução jurídica, e a efetividade do princípio da livre iniciativa	338
16.3	A que casos a norma se destina?	341
16.4	Como se forma, como se prova e como se desfaz o novo ato administrativo?	343
16.5	Encerramento	345

PARTE V REGULAÇÃO E NOVAS TECNOLOGIAS

CAPÍTULO 17

	INTRODUÇÃO: INOVAÇÕES DISRUPTIVAS E A DINÂMICA DAS MUDANÇAS REGULATÓRIAS NO BRASIL	349
--	--	-----

CAPÍTULO 18

O CASO DOS SERVIÇOS <i>OVER THE TOP</i> (OTT). A DISRUPÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELEVISÃO PAGA E A INTERPRETAÇÃO DA LEI DO SERVIÇO DE ACESSO CONDICIONADO (SEAC – LEI Nº 12.485/2011).....		353
18.1	Introdução.....	353
18.2	O contexto e o objeto do debate: o mercado de telecomunicações e os serviços (disruptivos) <i>Over The Top</i>	355
18.3	Os serviços OTT e a lei do SEAC: opção legislativa de incidência da lei aos serviços de telecomunicações. Inadequação da transposição do marco regulatório do SEAC para os serviços OTT	360
18.3.1	O conceito de SeAC adotado na Lei nº 12.485/2011: opção expressa do legislador por caracterizá-lo como serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado, tal como definido pela LGT. Interpretação semântica e sistemática do instituto	360
18.3.2	A racionalidade da Lei do SeAC: razões para a incidência da lei sobre os serviços de telecomunicações e os efeitos adversos da sua transposição para os serviços prestados por OTTs.....	366
18.3.3	A inovação como objetivo regulatório e a superação do <i>status quo</i>	369
18.4	O enquadramento jurídico dos serviços OTT como serviços de valor adicionado (SVA) e aplicação de internet. LGT e Marco Civil da Internet, em um ambiente de liberdade de iniciativa e promoção da inovação	372
18.4.1	Inovações disruptivas, lacunas regulatórias e modelos pré-existentes	372
18.4.2	A caracterização dos serviços OTT lineares como serviços de valor adicionado (SVA) e aplicações de internet.....	372
18.4.3	Os limites da competência da ANATEL. Assimetria regulatória condizente com a condição de SVA e de aplicações da internet	377
18.5	Conclusão.....	380

CAPÍTULO 19

O FRETAMENTO COLABORATIVO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE COLETIVO (O CASO BUSER)		383
19.1	Introdução.....	383
19.2	A constituição econômica e o modelo de assimetria regulatória no setor do transporte coletivo de passageiros.....	384
19.3	A competição no mercado de transporte coletivo não é indesejada. Compatibilidade do regime de autorização com o modelo de Estado previsto na Constituição (art. 178 da CRFB).....	390
19.4	A Constituição em face da inovação e da economia compartilhada.....	394
19.5	Conclusão.....	399