

Floriano de Azevedo Marques Neto
Egon Bockmann Moreira
Sérgio Guerra

DINÂMICA DA REGULAÇÃO

Estudo de casos da jurisprudência
brasileira: a convivência dos
tribunais e órgãos de controle
com agências reguladoras,
autoridade da concorrência e livre
iniciativa

2ª edição revista, ampliada e atualizada

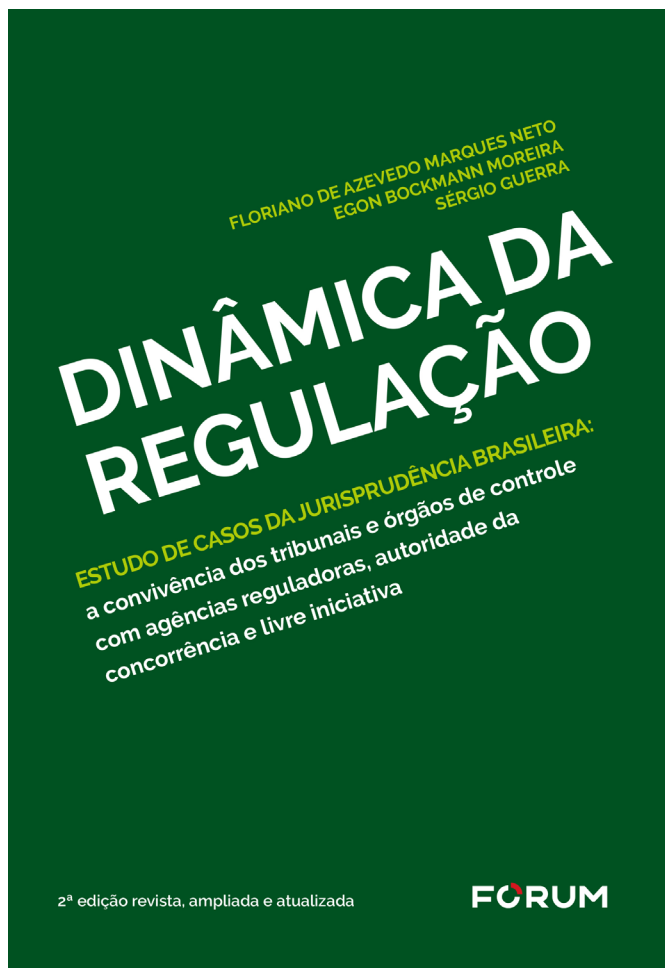
Coordenação científica
Paulo Luiz Netto Lôbo

Área específica
DIREITO ADMINISTRATIVO.

Áreas afins
DIREITO ECONÔMICO, REGULAÇÃO ECONÔMICA,
CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA, DIREITO CONSTITUCIONAL, DEFESA DA
CONCORRÊNCIA, DIREITO EMPRESARIAL.

Público-alvo/consumidores
AGÊNCIAS REGULADORAS. PROFESSORES
DE DIREITO PÚBLICO (CONSTITUCIONAL,
ADMINISTRATIVO E ECONÔMICO). TRIBUNAIS DE
CONTAS. PODER JUDICIÁRIO. CONCESSIONÁRIAS
DE SERVIÇOS PÚBLICOS. ADVOGADOS QUE
ATUAM EM REGULAÇÃO ECONÔMICA,
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, CONTROLE
EXTERNO, DIREITO DA CONCORRÊNCIA.
ESTUDANTES DE GRADUAÇÃO E PÓS-
GRADUAÇÃO EM DIREITO, ADMINISTRAÇÃO E
ECONOMIA. MINISTÉRIO PÚBLICO.

FORMATO: 14,5 × 21,5 cm
CÓDIGO: 10003003



A primeira edição deste livro experimentou significativa repercussão editorial e acadêmica. Surpreendentemente, houve intensa procura desde a pré-venda e a edição restou esgotada exatamente no dia do lançamento do livro, em evento na Escola de Direito da FGV-RJ. Por outro lado, alguns (ou todos) os casos estudados neste livro foram acolhidos Brasil a fora, em programas de pós-graduação, especialização e graduação em Direito. Além de ser a forma mais sincera de agradecer a seus leitores, com esta segunda edição, os autores esperam estar, modestamente, colaborando para a compreensão da dinâmica da regulação econômica brasileira.

M357d Marques Neto, Floriano de Azevedo
Dinâmica da Regulação: estudo de casos da jurisprudência brasileira – a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa / Floriano de Azevedo Marques Neto, Egon Bockmann Moreira, Sérgio Guerra. 2. ed. – Belo Horizonte : Fórum, 2021.
327 p.; 14,5cm x 21,5cm

ISBN: 978-65-5518-174-6

1. Direito Administrativo. 2. Direito Econômico. 3. Regulação Econômica. 4. Controle Externo. 5. Administração Pública. I. Moreira, Egon Bockmann. II. Guerra, Sérgio. III. 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):

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. *Dinâmica da Regulação: estudo de casos da jurisprudência brasileira: a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 327 p. ISBN 978-65-5518-174-6.

Floriano de Azevedo Marques Neto é Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Professor do Mestrado e Doutorado em Direito da Regulação da FGV Direito Rio. Doutor e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Árbitro. Advogado.

Egon Bockmann Moreira é Professor de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor Visitante na Faculdade de Direito de Lisboa (2011) e nos Programas de Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP e da FGV Direito Rio (2018). Mestre e Doutor em Direito. Especialista em Regulação Econômica (Universidade de Coimbra) e Mediação (Harvard Law School e Pepperdine Law School). Árbitro. Advogado.

Sérgio Guerra é Professor Titular de Direito Administrativo da FGV Direito Rio. Pós-Doutor em Direito (Yale Law School) e Pós-Doutor em Administração Pública (FGV/Ebape). Embaixador no Brasil da Yale University. Árbitro. Advogado.

APRESENTAÇÃO DA 2ª EDIÇÃO	
Floriano de Azevedo Marques Neto, Egon Bockmann Moreira, Sérgio Guerra	13
APRESENTAÇÃO DA 1ª EDIÇÃO	
O DIREITO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA SOB SUA PERSPECTIVA DINÂMICA	
Floriano de Azevedo Marques Neto, Egon Bockmann Moreira, Sérgio Guerra	15
SEÇÃO 1	
REGULAÇÃO: CONCEITOS, LIMITES E IMPACTOS	
CAPÍTULO 1	
REGULAÇÃO: CONCEITOS, LIMITES E IMPACTOS: CASO ANP VS. CNPE: ACO Nº 2.865, STF	
Floriano de Azevedo Marques Neto	21
1 Introdução.....	22
2 O caso concreto	24
3 Conclusão.....	28
CAPÍTULO 2	
LIMITES À REGULAÇÃO: LIBERDADE DE INICIATIVA – CASO UBER, STF	
Floriano de Azevedo Marques Neto, Juliana Bonacorsi de Palma	33
1 Introdução: a questão de fundo.....	33
2 O caso concreto	36
2.1 RE nº 1.054.110	36
2.2 ADPF nº 449.....	37
2.2.1 Competência privativa da União para disciplinar os modais de mobilidade	38
2.2.2 Fundamentos da regulação: o exercício de atividades econômicas e profissionais por particulares deve ser protegido da coerção arbitrária por parte do Estado.....	39
3 Conclusão.....	40
CAPÍTULO 3	
NORMATIVIDADE LEGAL V. REGULATÓRIA – CASO TV A CABO, STF: ADI Nº 4.923, STF	
Egon Bockmann Moreira	43
1 Resumo.....	43
2 Introdução: a questão de fundo.....	43
3 O caso concreto	48
4 Conclusão.....	55
CAPÍTULO 4	
REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO: DISTINÇÕES NECESSÁRIAS – CASO ANVISA: REGULAÇÃO SETORIAL DO TABACO: ADI Nº 4.874, STF	
Sérgio Guerra	57
Resumo.....	57
Introdução: a questão de fundo.....	57

O caso concreto	59
Conclusão: <i>insights</i> e questões a refletir	70

CAPÍTULO 5

REGULAÇÃO E DELIMITAÇÃO DE REGIMES JURÍDICOS – CASO PORTOS PÚBLICOS E PRIVADOS: ACÓRDÃO NºS 402/2013 E 989/2017, TCU

Egon Bockmann Moreira, Heloisa Conrado Caggiano	71
1 Resumo	71
2 Introdução: questão de fundo	71
3 Os casos concretos	79
4 Conclusão: <i>insights</i> e questões a refletir	88

CAPÍTULO 6

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO – CASO ANS: RELATÓRIO DE AIR/2017, ANS

Sérgio Guerra, Maurício Soares Urti	91
1 Resumo	91
2 Introdução: a questão de fundo	91
3 O caso concreto	98
3.1 Conceito de cobertura	100
3.2 Mecanismos financeiros de regulação	101
3.3 Mecanismos financeiros de regulação no direito comparado.....	102
3.4 Definição sobre conceito e a criação de cenários.....	103
3.5 As propostas de medidas regulatórias em cada cenário.....	105
4 Conclusão: <i>insights</i> e questões a refletir	108

SEÇÃO 2

REGULAÇÃO: CONSENSO, COOPERAÇÃO E COMPETIÇÃO

CAPÍTULO 1

ACORDOS REGULATÓRIOS – CASO TAC ANATEL: ACÓRDÃO Nº 2.121/2017 – TCU

Sérgio Guerra	115
1 Resumo	115
2 Introdução: a questão de fundo	115
3 O caso concreto	119
4 Conclusão: <i>insights</i> e questões a refletir	127

CAPÍTULO 2

PRORROGAÇÕES ANTECIPADAS – CASO FERROVIAS, MALHA PAULISTA

Florian de Azevedo Marques Neto	131
1 Introdução	131
2 O caso concreto	133
3 Conclusão	139

CAPÍTULO 3

REGULAÇÃO PRÓ-COMPETIÇÃO: CONCORRÊNCIA PELO MERCADO – CASO CONCESSÃO DE AEROPORTOS: ACÓRDÃO Nº 1.865/2016 – TCU

Sérgio Guerra, Guilherme Hazell Laudisio	143
1 Resumo	143
2 Introdução: a questão de fundo	144
3 O caso concreto – Terceiros relacionados	146
4 Outro caso concreto – Regulação pró-competição	156
5 Conclusão: <i>insights</i> e questões a refletir	161

CAPÍTULO 4

REGULAÇÃO E A QUESTÃO FEDERATIVA – CASO *LEI PAULISTA DE ANTENAS DE CELULAR*: ADI Nº 2.902, STF

Floriano de Azevedo Marques Neto	165
1 Introdução – Dinâmica da repartição de competências na Constituição: o exemplo do setor de energia elétrica.....	166
2 O caso concreto	169
3 Conclusão.....	173

CAPÍTULO 5

REGULAÇÃO PRÓ-COMPETIÇÃO: CONCORRÊNCIA NO MERCADO – CASO *SEMASA VS. SABESP, CADE*

Egon Bockmann Moreira, Gabriel Jamur Gomes	177
1 Resumo.....	177
2 Introdução: a questão de fundo.....	177
3 O caso concreto	181
4 Conclusão: <i>insights</i> e questões a refletir	192

CAPÍTULO 6

REGULAÇÃO SUCESSIVA: QUEM TEM A ÚLTIMA PALAVRA? CASO *PÍLULA DO CÂNCER*: ADI Nº 5.501, STF

Egon Bockmann Moreira	195
1 Resumo.....	195
2 Introdução: a questão de fundo.....	195
3 O caso concreto	200
4 Conclusão: <i>insights</i> e questões a refletir	212

SEÇÃO 3

REGULAÇÃO: ASSIMETRIAS, CONFLITOS E SOLUÇÕES

CAPÍTULO 1

MUTAÇÃO REGULATÓRIA E EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO – CASO *ARTESP – TAM*: PROCESSO Nº 1040986-29.2014.8.26.0053, TJSP

Sérgio Guerra, José Marinho Séves Santos	217
1 Resumo.....	217
2 Introdução: a questão de fundo.....	218
3 O caso concreto	220
4 Conclusão.....	229

CAPÍTULO 2

REGULAÇÃO DE BENS REVERSÍVEIS – CASO *ANATEL – EDIFÍCIO MARTINIANO*: AGRG NO RESP Nº 971.851 – STJ; ACÓRDÃO Nº 1.809/2016 – TCU

Sérgio Guerra, Fernanda Marques Martins	231
1 Resumo.....	231
2 Introdução: a questão de fundo.....	231
3 O caso concreto	232
4 Conclusão: <i>insights</i> e questões a refletir	243

CAPÍTULO 3

CAPTURA PÚBLICA DO REGULADOR – CASO *REFORMA DO SETOR ELÉTRICO (2013)*, TCU E MME/MF/AGU

Floriano de Azevedo Marques Neto, Juliana Bonacorsi de Palma	247
1 Introdução.....	247
2 O caso concreto	250
3 Conclusão.....	254

CAPÍTULO 4

REGULAÇÃO E ARBITRAGEM – CASO PETROBRAS VS. ANP: CC Nº 139.519-RJ – STJ

Egon Bockmann Moreira, Elisa Schmidlin Cruz	261
1 Resumo.....	261
2 Introdução: a questão de fundo.....	261
3 O caso concreto	266
4 Conclusão: <i>insights</i> e questões a refletir	280

CAPÍTULO 5

COMPETIÇÃO ENTRE REGULADORES – CASO BACEN VS. CADE

Floriano de Azevedo Marques Neto	285
1 Introdução.....	286
2 O caso concreto	289
2.1 Sobre o que o caso versa?	289
2.2 Fundamentação e resolução judicial do caso.....	291
2.3 <i>Ratio decidendi</i> e alcance do precedente	293
3 Conclusões	295

CAPÍTULO 6

LIBERDADE DE INICIATIVA, ORDENS PROFISSIONAIS E AUTORREGULAÇÃO – CASO MÚSICA E POLÍCIA: STF, ADPF Nº 183

Egon Bockmann Moreira	297
1 Resumo.....	297
2 Introdução: a questão de fundo.....	297
3 O caso concreto	299
4 Conclusão: <i>insights</i> e questões a refletir	309

REFERÊNCIAS.....	311
------------------	-----

SOBRE OS COLABORADORES	325
------------------------------	-----

Elisa Schmidlin Cruz

Mestre em Direito Econômico e Social pela PUCPR (2017). Consultora em procedimentos de Arbitragem *ad hoc* e institucional. Supervisora Executiva da Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná – Arbitac (2010-2017). Professora de módulos de Arbitragem nos cursos de Pós-Graduação em Arbitragem e Mediação na Unicuritiba e PUCPR (2017-2018) e da disciplina de Mediação e Negociação no FAE Law Experience (2020/2021). Membro do Conselho Administrativo da Câmara de Mediação e Arbitragem da OAB-PR (Triênio 2019-2021). Secretária da Comissão de Arbitragem da OAB-PR (Triênio 2019-2021). Membro da Comissão de Mediação da OAB-PR (Triênio 2019-2021). Mediadora certificada pelo Instituto de Certificação de Mediadores Lusófonos – ICFML (2014). Vice-Presidente da ARBITAC (Gestão 2020-2022). Coautora do livro *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution* (Fórum, 2020). Colaborou no capítulo: *Regulação e arbitragem – Caso “Petrobras v. ANP”*: CC nº 139.519-RJ – STJ (Seção 3, Capítulo 4).

Gabriel Jamur Gomes

Mestre em Direito pela UFPR (2012). Doutorando pela UnB. Professor da Graduação da Universidade de Brasília (UnB). Professor e organizador do Curso de Direito do Saneamento Básico da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Pós-Graduado em *Arbitraje Comercial Internacional y de Inversiones* pela Universidad Complutense de Madrid (2018). Membro da Comissão Especial de Saneamento, Recursos Hídricos e Sustentabilidade da OAB/Nacional. Colaborou no capítulo: *Regulação pró-competição: concorrência no mercado – Caso “Semasa v. Sabesp, Cade”* (Seção 2, Capítulo 4).

Heloisia Conrado Caggiano

Doutoranda em Direito Regulatório na Escola de Direito da FGV/RJ. Mestre em Direito Regulatório pela Escola de Direito da FGV/RJ (2018). Formada em Contabilidade e Finanças pela Lisbon School of Business & Economics (2014). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET (2013). Pós-Graduada em Contratos Públicos pela Escola de Direito da FGV/SP (2012). Pós-Graduada em Arbitragem pela FGV Law/SP (2018). Curso de Mediação pelo Mediar Paraná em parceria com o Imap (2019). Pós-Graduada em Teoria Geral do Direito pela Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP/SP (2009). Membro da Comissão de Direito da Infraestrutura e Sustentabilidade da OAB/PR. Colaborou no capítulo: *Regulação e delimitação de regimes jurídicos – Caso “Portos públicos e privados”*: Acórdãos nºs 402/2013 e 989/2017, TCU (Seção 1, Capítulo 3).

Fernanda Marques Martins

Mestra em Direito da Regulação. Graduada em Direito pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Pesquisadora no Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE) da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Tem experiência como Advogada e Pesquisadora em Direito Administrativo e Regulatório, com foco em Agências Reguladoras. Colaborou no capítulo: *Regulação de bens reversíveis – Caso “Anatel – Edifício Martiniano”*: AgRg no REsp nº 971.851 – STJ; Acórdão nº 1.809/2016 – TCU (Seção 3, Capítulo 2).

Guilherme Hazell Laudisio

Mestre em Direito da Regulação pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Bacharel em Direito pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. Advogado com atuação em direito Concorrencial, Administrativo e Contencioso. Colaborou no capítulo: *Regulação pró-competição: concorrência pelo mercado – Caso “Concessão de aeroportos”*: Acórdão nº 1.865/2016 – TCU (Seção 2, Capítulo 3).

José Marinho Séves Santos

Mestre em Direito da Regulação pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado com atuação nas áreas de

infraestrutura, direito regulatório e arbitragem. Colaborou no capítulo: *Mutação regulatória e equilíbrio econômico-financeiro – Caso “Artesp – TAM”*: Processo nº 1040986-29.2014.8.26.0053, TJSJ (Seção 3, Capítulo 1).

Juliana Bonacorsi de Palma

Doutora (2014) e Mestre (2010) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. *Master of Laws* (LL.M.) pela Yale Law School e bolsista da Lilian Goldman Perpetual Scholarship. Bacharel em Direito pela PUC-SP (2006). Foi *visiting scholar* na Washington College of Law – American University. Professora da FGV Direito SP e colaboradora da Escola de Formação Pública, da qual foi aluna (2004). Pesquisadora do Grupo de Estudos das Relações entre Estado e Empresa Privada (GRP) da FGV Direito SP. Desenvolve pesquisas na área de Direito Administrativo, Regulação e Direito & Burocracia. Colaborou nos capítulos: *Limites à regulação: liberdade de iniciativa – Caso “Uber, STF”* (Seção 1, Capítulo 1) e *Captura pública do regulador – Caso “Reforma do setor elétrico (2013), TCU e MME/MF/AGU”* (Seção 3, Capítulo 3).

Maurício Soares Urti

Mestre em Direito da Regulação pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito Rio). Pós-Graduado em Direito Empresarial, com concentração em Direito Processual Civil e Societário e Mercado de Capitais (2011), ambos pela Fundação Getulio Vargas (FGV, Brasil). Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2007). Atualmente é Advogado Especialista na TIM S.A. Tem experiência na área de Direito de Empresa, com ênfase em Direito Privado. Colaborou no capítulo: *Análise de impacto regulatório – Caso “ANS”*: Relatório de AIR/2017, ANS (Seção 1, Capítulo 4).