

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO
ANNA CAROLINA MIGUEIS PEREIRA
LETÍCIA LOBATO ANICET LISBOA

Coordenadores

REGULAÇÃO E INFRAESTRUTURA

Belo Horizonte

 **FÓRUM**

2018

© 2018 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virginia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Bezanos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabrizio Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra



Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

R344	Regulação e infraestrutura / Alexandre Santos de Aragão, Anna Carolina Migueis Pereira, Leticia Lobato Anicet Lisboa (Coords.). - Belo Horizonte : Fórum, 2018. 693p. ; 17cm x 24cm. ISBN: 978-85-450-0542-1
	1. Regulação. 2. Infraestrutura. I. Aragão, Alexandre Santos de. II. Pereira, Anna Carolina Migueis. III. Lisboa, Leticia Lobato Anicet. IV. Título.
2018-704	CDD 330.908 CDU 331.108

Elaborado por Wagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ARAGÃO, Alexandre Santos de; PEREIRA, Anna Carolina Migueis; LISBOA, Leticia Lobato Anicet (Coord.). *Regulação e infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 693p. ISBN 978-85-450-0542-1.

1135624

SUMÁRIO

NOTA DOS COORDENADORES	17
------------------------------	----

PRIMEIRA PARTE

NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO REGULATÓRIO

AS NOVAS PERSPECTIVAS DA REGULAÇÃO E O JUDICIÁRIO BRASILEIRO

ADRIANO DE OLIVEIRA FRANÇA	21
1 Introdução	21
2 Do panorama atual.....	21
3 Novas técnicas regulatórias.....	26
4 Dos reflexos das novas técnicas sobre a relação regulação-Judiciário.....	29
5 Do controle judicial da atividade reguladora não estatal sem e com transferência de função pública	32
6 Conclusão	47
Referências.....	48

FUNGIBILIDADE DA ATUAÇÃO DIRETA DO ESTADO NA ECONOMIA COM A REGULAÇÃO E O FOMENTO

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO	51
1 Atuação direta reguladora.....	55
2 Atuação direta fomentadora.....	59

SOBRE AGÊNCIAS REGULADORAS, SANÇÕES E PREÇOS: UM OLHAR A PARTIR DAS LENTES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

ALICE VORONOFF	63
1 O modelo de agências reguladoras no Brasil: do otimismo à frustração	63
2 O Estado regulador brasileiro e a expansão do direito administrativo sancionador	66

3	Agências reguladoras e o exercício da competência sancionatória. Inventário de alguns problemas	68
4	Um olhar para os problemas a partir das contribuições da análise econômica do direito	73
4.1	A Escola de Chicago e a análise econômica do direito sancionatório	73
4.2	Um olhar crítico do exercício da competência sancionatória pelas agências à luz das contribuições da Escola de Chicago	75
5	Reflexões finais	78

REGULAÇÕES EXPROPRIATÓRIAS: APONTAMENTOS PARA UMA TEORIA

ANDRÉ CYRINO	81	
1	Introdução ao tema	81
2	O problema e a falta de soluções teóricas satisfatórias.....	85
3	As contribuições da experiência do direito comparado.....	86
3.1	O <i>case Law</i> dos EUA.....	87
3.2	A literatura sobre <i>regulatory takings</i> nos EUA.....	89
4	Uma possível teoria brasileira das regulações expropriatórias?	94
5	Necessidade de revisão da doutrina das desapropriações indiretas e das limitações administrativas. Em busca de uma teoria dos excessos regulatórios no Brasil.....	95
5.1	A nulidade como consequência. A regulação expropriatória é espécie de desvio de finalidade constitucional	99
5.2	Normas gerais podem ensejar indenização e expropriação.....	100
6	E quando haverá regulações expropriatórias?	101
7	Encerramento	104
	Referências.....	104

A REGULAÇÃO DE EMPRESAS SOB CONTROLE ESTATAL: HÁ REGULAÇÃO RELUTANTE NO BRASIL?

ANDRÉA MAGALHÃES	109	
1	Introdução	109
2	Regulação relutante: alguém lucra com a regulação fraca?.....	111
3	Elementos e o contexto brasileiro	115
3.1	Participação concorrencial do estado: novamente o capitalismo de Estado.....	115
3.2	Regulação de estatais: agências reguladoras, metarregulação internacional, autorregulação e regulação normativa	120
3.3	Desenvolvimento institucional	127
4	Resultado: valor de mercado?	134
5	Conclusão	136
	Referências.....	137

REGULAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO E RESGATES ESTATAIS: ALGUMAS REFLEXÕES E PROPOSIÇÕES

ANNA CAROLINA MIGUEIS PEREIRA	141
1 Considerações iniciais	141
2 Propostas para uma regulação financeira mais eficiente.....	142
3 Estudo de caso: a nova legislação norte-americana (o <i>Dodd-Frank Act</i>).....	151
3.1 Principais pontos do <i>Dodd-Frank Act</i>	152
3.2 Balanço do <i>Dodd-Frank Act</i>	160
4 Regulação financeira e crise econômica no Brasil	161
5 Síntese conclusiva.....	162
Referências.....	164

POLÍTICAS REGULATÓRIAS E A CAIXA DE FERRAMENTAS DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL

CARINA DE CASTRO QUIRINO	167
1 Introdução	167
2 Alteração do prisma de análise: a superação da racionalidade ilimitada e a centralidade do comportamento.....	168
3 Racionalidade limitada e contingenciamento de erros – Construindo novas premissas analíticas para a política regulatória.....	171
4 A análise de políticas regulatórias sob as premissas do comportamentalismo – Onde é que estamos falhando?.....	175
5 Críticas à economia comportamental aplicada ao direito – O início de novos “caminho” e “caminhar”.....	177
6 Robustecimento institucional – Condições para aprimorar a eficiência das políticas regulatórias	182
7 Conclusão	184
Referências	184

A RELAÇÃO ENTRE MERCADOS E GOVERNOS À LUZ DA TEORIA DAS FALHAS DE REGULAÇÃO

ESTÊVÃO GOMES CORRÊA DOS SANTOS	187
1 Introdução	187
2 Falhas de regulação: uma proposta conceitual.....	190
3 Espécies de falhas de regulação.....	193
3.1 As quatro modalidades de falhas de regulação de Charles Wolf Jr.	194
3.2 As modalidades de falhas de regulação propostas por Cass Sunstein	197
3.2.1 Falhas na elaboração da norma regulatória.....	197
3.2.2 Falhas na concretização da norma regulatória.....	205
4 Síntese conclusiva.....	208
Referências	209

A ABERTURA DA REGULAÇÃO AOS AGENTES PRIVADOS: ALGUNS INSIGHTS SOBRE A AUTOCERTIFICAÇÃO À LUZ DA TEORIA DA AUTORREGULAÇÃO

ISABELA FERRARI	213
1 Introdução: o direito administrativo na atualidade: de um modelo altamente centralizado à administração policêntrica	213
2 A expansão do <i>soft law</i> administrativo	214
3 <i>Soft law</i> administrativo e regulação policêntrica.....	217
4 A autorregulação: conceito e espécies.....	218
5 A autocertificação.....	220
5.1 Modelos de autocertificação	222
5.2 Limites à atuação de entes autocertificadores	226
5.2.1 Sobre o procedimento: transparência?.....	230
5.2.2 Sobre a fundamentação da decisão: razão pública?	231
5.2.3 Sobre o controle: mandado de segurança?	233
6 Conclusões	238
Referências.....	238

INTRODUÇÃO À ANÁLISE ECONÔMICA DAS REGULAÇÕES EXPROPRIATÓRIAS: UM NOVELO DE CUSTOS E INCENTIVOS

LUIZA VEREZA	241
1 Introdução	241
2 A equivalência econômica entre a regulação expropriatória e a desapropriação típica: uma premissa necessária	244
3 A regra compensatória em três cenários	245
3.1 Indefinição quanto à regra compensatória: o perigo da incerteza	245
3.2 Regulação expropriatória gratuita: desincentivo às atividades produtivas, prejuízos aos expropriados, alocação ineficiente de recursos e ilusão fiscal.....	249
3.3 Não há almoço grátis: os custos e incentivos da regulação expropriatória indenizada.....	256
3.3.1 O risco de <i>moral hazard</i> : supercapitalização e ineficiência econômica	256
3.3.2 Os custos administrativos da regra compensatória	261
4 Alternativas à regra compensatória: é possível conceber uma solução que neutralize ou reduza os custos da regra compensatória?	263
4.1 Seguro privado e seguro governamental	263
5 A proposta de Thomas J. Miceli e Kathleen Segerson: é possível solucionar a questão expropriatória por meio de um modelo econômico?	267
6 Conclusão: as contribuições da análise econômica para o equacionamento da questão expropriatória	268
Referências.....	271

SOBREPOSIÇÃO REGULATÓRIA: OS RISCOS NA APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE

MARIANA VIANNA	275
1 Introdução	275
2 O conceito de sobreposição regulatória	277
3 Relembrando a aplicação do critério da especialidade	281
4 Os riscos sobre o uso do critério da especialidade à sobreposição regulatória	283
4.1 Primeiro risco: a indeterminação e a clareza do texto legal	284
4.2 Segundo risco: a segurança jurídica e a eficiência	286
4.3 Reforça a visão em túnel	288
5 Conclusão	289

A NECESSIDADE DE UMA POSTURA JUDICIAL DE DEFERÊNCIA AOS ATOS REGULATÓRIOS

PRISCILLA DE SOUZA PESTANA CAMPANA	291
1 Introdução	291
2 Limitações institucionais para o exercício de um controle judicial não deferente	293
2.1 Complexidade técnica e o dinamismo da regulação econômica	296
2.2 Efeitos prospectivos dos atos regulatórios	297
2.3 Multiplicidade de interesses envolvidos.....	298
3 Os riscos do controle judicial particularista	299
3.1 Excessiva judicialização, elevação dos custos sociais e redução do bem-estar	300
3.2 Enfraquecimento do papel do regulador e de sua atuação	302
3.3 Imutabilidade decorrente do trânsito em julgado.....	303
4 O Poder Judiciário brasileiro e a regulação econômica.....	303
5 Critérios e medidas concretas apresentadas para um controle judicial deferente	307
6 Conclusão	310
Referências	311

REGULAÇÃO CONSENSUAL: O PAPEL DOS COMPROMISSOS DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA NO AJUSTAMENTO DE CONDUTAS DOS REGULADOS

THIAGO MARRARA	313
1 Introdução: a consensualização da regulação	313
2 Compromissos de cessação de prática: definição e conteúdo essencial	315
3 Utilidades regulatórias do compromisso de cessação de prática	319
4 Regime jurídico dos compromissos de cessação	322
5 Necessidade de previsão legal?	324
6 Conclusão	327
Referências	328

OS QUATRO PILARES PARA A PRESERVAÇÃO DA IMPARCIALIDADE TÉCNICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

VALTER SHUENQUENER DE ARAUJO	331
1 A regulação brasileira por meio de autarquias de regime especial	331
2 O mandato fixo nas agências reguladoras e a posição do STF	334
3 O controle (deferente e não deferente) dos atos das agências	340
4 Contingenciamento de recursos nas agências reguladoras e seu efeito asfixiante ...	346
5 A prejudicial supressão de competências das agências reguladoras	349
6 Conclusões.....	349

SEGUNDA PARTE

INFRAESTRUTURA E SEUS ASPECTOS INSTITUCIONAIS

DESAPROPRIAÇÕES E REMOÇÕES NA IMPLANTAÇÃO DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA: ENTRE AVANÇOS E OPORTUNIDADES PERDIDAS

ANNA CAROLINA MIGUEIS PEREIRA	355
1 Introdução	355
2 Desapropriações e projetos de infraestrutura: algumas propostas	358
2.1 Ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação de desapropriação e repartição dos riscos da demanda	358
2.2 A desapropriação por zona como instrumento de remuneração de parceiros privados e concessionários	362
3 Desapropriações e remoções: para além da judicialização.....	364
3.1 Maior proteção aos envolvidos nos processos de remoções e desocupações	364
3.2 Normatização e incentivos para a desapropriação amigável	370
4 Conclusões	377

REGULAÇÃO PORTUÁRIA E CONTRATOS DE ARRENDAMENTO: ANÁLISE COMPARATIVA DE DOIS DIFERENTES MODELOS JURÍDICOS (BRASIL E ALEMANHA)

EGON BOCKMANN MOREIRA, PEDRO LUCCHESI PIOVESAN	379
1 Introdução	379
2 Modelos de gestão portuária.....	382
2.1 Classificação tradicional.....	382
2.2 O modelo do porto proprietário.....	383
3 O arrendamento portuário na Alemanha (Hamburgo).....	386
3.1 O porto sob a competência dos estados alemães e suas diferentes estruturas jurídicas.....	386
3.2 Por que Hamburgo? Titularidade municipal do porto.....	387

3.3	A Hamburger Hafen und Logistik AG	389
3.4	A Hamburg Port Authority	391
4	O arrendamento portuário no Brasil.....	393
4.1	O porto sob a competência da União	393
4.2	A Lei dos Portos (Lei nº 12.815/2013) e a cessão do porto à luz da Constituição Federal.....	394
4.3	Regramento do arrendamento portuário	397
4.4	A Administração dos portos de Paranaguá e Antonina – APPA	399
5	Análise comparativa entre os modelos de Hamburgo e Paranaguá.....	400
5.1	Vínculo União – APPA/Cidade de Hamburgo – HPA	400
5.2	Vínculo APPA – Arrendatário/HPA – Arrendatário.....	402
6	Considerações finais	402

REGULAÇÃO DA INFRAESTRUTURA, EXIGÊNCIAS CONTRATUAIS E ELABORAÇÃO DO PROJETO BÁSICO: ANÁLISE DO PAPEL DO ESTUDO PRELIMINAR NA EXECUÇÃO DE OBRA PÚBLICA

EMERSON AFFONSO DA COSTA MOURA	405	
1	Introdução	405
2	A regulação das infraestruturas e o <i>locus</i> administrativo	406
3	A regulação contratual e as exigências legais.....	410
4	O projeto básico e as falhas.....	411
5	Estudo de caso: análise das fiscalizações das obras públicas pelo Tribunal de Contas da União em 2015	416
6	Conclusão	419
	Referências.....	420

OS ENTRAVES NORMATIVOS À IMPLEMENTAÇÃO DO TRANSPORTE MULTIMODAL

LETÍCIA LOBATO ANICET LISBOA	423	
	Introdução	423
1	Percepção dos operadores de transporte multimodal sobre a regulamentação da atividade no Brasil	425
2	Entraves tributários e o CTMC.....	428
2.1	A bitributação de imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN) e o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS)	428
2.2	A tributação do CTMC	430
3	O seguro de responsabilidade civil do OTM	433
4	A necessidade de regulamentação de normas de acesso à estrutura do transporte multimodal	439
5	A ausência de regulamentação normativa do operador logístico de cargas	441
	Referências.....	448

A FEDERAÇÃO NA PERSPECTIVA REGULATÓRIA: EM BUSCA DE UMA COOPERAÇÃO EFICIENTE

MARCELO PALLADINO MACHADO VIEIRA	451
1 Introdução	451
2 Objeto de análise	452
3 A evolução da federação a partir da regulação econômica. O que o direito comparado nos tem a dizer	453
3.1 O exemplo norte-americano	453
3.2 O exemplo alemão	455
3.3 Algumas lições possíveis	457
4 Relações entre a regulação econômica e a federação brasileira	457
4.1 Competência legislativa em transporte ferroviário interestadual	458
4.2 Competência legislativa em saneamento básico. As regiões metropolitanas	460
5 A federação revisitada. Os princípios federativos à luz do pragmatismo	462
6 Administração gerencial e federação	464
7 A cooperação entre os entes federais. A desmistificação do “mito federativo”	465
8 Instrumentos em prol de uma federação eficiente	468
9 Conclusão	470
Referências	472

DE ONDE VÊM, O QUE SÃO, PARA ONDE VÃO E QUANTO CUSTAM OS BENS REVERSÍVEIS?

MÁRCIO MONTEIRO REIS	475
1 Introdução	475
2 Quais são os bens reversíveis (de onde vêm?)	478
3 Qual a natureza dos bens reversíveis (o que são?)	487
4 Para onde vão os bens reversíveis?	499
5 Quando a reversão impõe o dever de indenizar? Como deve ser calculada a indenização? (Quanto custam?)	505
6 Conclusão?	516
Referências	518

A CONCORRÊNCIA INTERMODAL NO TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGAS NO BRASIL: UMA ANÁLISE HISTÓRICA SOB A PERSPECTIVA DA OFERTA FERROVIÁRIA

MARIAM TCHEPURNAYA DAYCHOUM	521
Introdução	521
1 A competição entre modos terrestres de transporte	522
1.1 O histórico brasileiro	523
1.2 A decadência das ferrovias	530

2	A desestatização e o insuficiente impacto da reforma na oferta de infraestrutura ferroviária	534
2.1	A expansão da malha ferroviária brasileira no momento pós-desestatização	538
2.2	As tentativas de expansão da malha ferroviária no pós-desestatização.....	540
	Conclusão	541
	Referências.....	542

A INFRAESTRUTURA FERROVIÁRIA COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL

RENAN DOS SANTOS FIGUEIREDO	547	
1	Introdução	547
2	Obstáculos infraestruturais do sistema ferroviário brasileiro.....	549
3	A promoção ao desenvolvimento nacional sustentável através da licitação e da infraestrutura	551
4	Desenvolvimento econômico e social e redução de desigualdades regionais.....	555
5	Considerações finais	561
	Referências.....	562

MECANISMOS DE MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO COMO GARANTIDOR DA EFICIÊNCIA DOS PROJETOS DE INFRAESTRUTURA

RODRIGO HENRIQUE LUIZ CORRÊA	565	
1	Introdução	565
1.1	Do Estado patrimonial ao Estado gerencial: breve histórico dos investimentos em infraestrutura no Brasil.....	565
2	A concessão de serviços públicos no Brasil.....	567
3	A garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos	569
4	Da alocação de riscos nos contratos de infraestrutura.....	572
5	Alocação de risco nas concessões e permissões da Lei nº 8.987/95: do critério tradicional aos critérios baseados na eficiência da alocação de riscos.....	575
6	Dos mecanismos alternativos de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro: da política tarifária por incentivo e do Fator X	582
7	Conclusão	587
	Referências.....	587

O NOVO REGIME DE EXPLORAÇÃO DOS TRANSPORTES FERROVIÁRIOS DE CARGAS

ROGER SANTOS GONZAGA	589	
1	Introdução	589
2	Breves apontamentos sobre o modelo reformado.....	590

3	O Decreto nº 8.129/2013 e a Política de Livre Acesso ao Subsistema Ferroviário Federal.....	593
4	Regime constitucional de exploração do transporte ferroviário de cargas	601
5	Novo modelo exploratório das ferrovias	606
5.1	Inteligência da Lei nº 10.233/2001 (com as alterações da Lei nº 12.743/2012).....	607
5.2	Papel da Valec no novo modelo.....	609
5.3	Pluralidade de regimes.....	616
6	Conclusão	622
	Referências.....	623

A FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DA CONCORRÊNCIA E DE OUTRAS FINALIDADES PÚBLICAS

VICTOR AGUIAR DE CARVALHO	625	
1	Introdução	625
2	Função regulatória da licitação como ferramenta de promoção de determinadas finalidades públicas	626
3	Função regulatória da licitação como ferramenta de promoção da concorrência	634
3.1	A função regulatória da licitação para incremento da competição nos mercados	638
3.2	A função regulatória como mecanismo para suprimir incentivos à adoção pelos particulares de práticas restritivas à concorrência nos certames licitatórios	640
4	Conclusões.....	643
	Referências.....	643

DIREITO DE PRORROGAÇÃO DE CONCESSÃO: APONTAMENTOS À LUZ DO CASO DA USINA DE JAGUARA

VINICIUS DOMINGUES MACIEL	647	
1	Introdução	647
2	A prorrogação no contrato de concessão	648
3	Prorrogação de concessão no setor elétrico e a Lei nº 12.783/2013.....	651
4	Conteúdo da cláusula de prorrogação, direito adquirido e poder de conformação legislativa.....	656
5	Do direito à indenização perante lei constitucional que retira possibilidade de prorrogação da concessão	660
6	Conclusões.....	662
	Referências.....	662

OS DESAFIOS DA REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE COLETIVO DIANTE DE NOVAS TECNOLOGIAS

VITOR RHEIN SCHIRATO	665	
1	Colocação do tema.....	665

2	O conceito de serviço público.....	667
3	As implicações do serviço público.....	673
4	O regime jurídico dos serviços públicos.....	679
4.1	Uma conclusão parcial: o que é um serviço público?	682
5	Serviços públicos e o transporte público urbano.....	682
6	Conclusão	689
SOBRE OS AUTORES.....		691