

Autorizações ferroviárias no Brasil: desafios do novo modelo

Rherman Radicchi Teixeira Vieira

Orientador: Paulo Pessoa Guerra Neto

Coletânea de Pós-Graduação

Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação (CDR)

Volume 1



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

MINISTROS

Bruno Dantas (Vice-Presidente no exercício da Presidência)

Walton Alencar Rodrigues

Benjamin Zymler

Augusto Nardes

Aroldo Cedraz

Vital do Rêgo

Jorge Oliveira

Antonio Anastasia

MINISTROS-SUBSTITUTOS

Augusto Sherman Cavalcanti

Marcos Bemquerer Costa

André Luis de Carvalho

Weder de Oliveira

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Cristina Machado da Costa e Silva (Procuradora-Geral)

Lucas Furtado (Subprocurador-Geral)

Paulo Soares Bugarin (Subprocurador-Geral)

Marinus Eduardo de Vries Marsico (Procurador)

Júlio Marcelo de Oliveira (Procurador)

Sérgio Ricardo Costa Caribé (Procurador)

Rodrigo Medeiros de Lima (Procurador)



DIRETORA-GERAL

Ana Cristina Melo de Pontes Botelho

**DIRETORA DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS,
PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISAS**

Flávia Lacerda Franco Melo Oliveira

**CHEFE DO DEPARTAMENTO
DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISAS**

Clémens Soares dos Santos

CONSELHO ACADÊMICO

Maria Camila Ávila Dourado

Tiago Alves de Gouveia Lins e Dutra

Marcelo da Silva Sousa

Rafael Silveira e Silva

Pedro Paulo de Moraes

COORDENADOR ACADÊMICO

Leonardo Lopes Garcia

COORDENADORES PEDAGÓGICOS

Ana Carolina Dytz Fagundes de Moraes

Flávio Sposto Pompêo

Georges Marcel de Azeredo Silva

Marta Eliane Silveira da Costa Bissacot

COORDENADORA EXECUTIVA

Maria das Graças da Silva Duarte de Abreu

PROJETO GRÁFICO E CAPA

Núcleo de Comunicação – NCOM/ISC

Autorizações ferroviárias no Brasil: desafios do novo modelo

Rherman Radicchi Teixeira Vieira

Monografia de conclusão de curso submetida ao Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União como requisito parcial para a obtenção do grau de especialista em Controle da Desestatização e da Regulação.

Orientador(a):

Paulo Pessoa Guerra Neto

Banca examinadora:

Maurício Ferreira Wanderley

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

Vieira, Rherman Radicchi Teixeira. **Autorizações ferroviárias no Brasil: desafios do novo modelo**. 2022. Monografia (Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília DF.

CESSÃO DE DIREITOS

NOME DO(A) AUTOR(A): Rherman Radicchi Teixeira Vieira
TÍTULO: Autorizações ferroviárias no Brasil: desafios do novo modelo
GRAU/ANO: Especialista/2022

É concedida ao Instituto Serzedello Corrêa (ISC) permissão para reproduzir cópias deste Trabalho de Conclusão de Curso somente para propósitos acadêmicos e científicos. Do mesmo modo, o ISC tem permissão para divulgar este documento em biblioteca virtual, em formato que permita o acesso via redes de comunicação e a reprodução de cópias, desde que protegida a integridade do conteúdo dessas cópias e proibido o acesso a partes isoladas desse conteúdo. O autor reserva outros direitos de publicação e nenhuma parte deste documento pode ser reproduzida sem a autorização por escrito do autor.

Rherman Radicchi Teixeira Vieira
rhermanrt@tcu.gov.br

FICHA CATALOGRÁFICA

L131a Vieira, Rherman Radicchi Teixeira

Autorizações ferroviárias no Brasil: desafios do novo modelo
/Rherman Radicchi Teixeira Vieira. – Brasília: ISC/TCU, 2022.
(Monografia de Especialização)

1. Controle da Desestatização e da Regulação. 2. Transporte ferroviário 3. Autorizações ferroviárias 3. I. Autorizações ferroviárias no Brasil: desafios do novo modelo.

CDU 02
CDD 020

Autorizações ferroviárias no Brasil: desafios do novo modelo

Rherman Radicchi Teixeira Vieira

Trabalho de conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* em Controle da Desestatização e da Regulação realizado pelo Instituto Serzedello Corrêa como requisito para a obtenção do título de especialista em Controle da Desestatização e da Regulação.

Brasília, 16 de dezembro de 2022.

Banca Examinadora:

Paulo Pessoa Guerra Neto
Orientador
TCU

Maurício Ferreira Wanderley
Avaliador
TCU

Resumo

Este trabalho trata dos desafios que o Novo Marco Legal das Ferrovias, instituído por meio da Lei 14.273/2021, deverá enfrentar para uma implantação bem-sucedida e capaz de incrementar a participação do modal ferroviário na matriz de transportes brasileira. A partir da descrição das principais características jurídicas e técnicas das ferrovias e da análise dos desafios apresentados: desapropriação; coexistência dos modelos de concessão e autorização ferroviária; critérios de desempate em trechos coincidentes e o alinhamento das autorizações ferroviárias com a política pública do setor de transportes buscou-se empregar o método de pesquisa por meio de revisão bibliográfica resultando em uma pesquisa descritiva e explicativa. A análise permitiu concluir que o arcabouço jurídico normativo que está sendo moldado para a adoção do instrumento de autorização ferroviária está mais adequado para trechos menores, como ramais e *shortlines*. Para trechos mais extensos, apesar da evolução normativa, irá demandar um processo mais rigoroso para evitar que problemas como os relatados neste trabalho sejam empecilhos para a sua efetiva implantação.

Palavras-chave: ferrovias; autorização; regulação.

Lista de quadros

| | |
|---|----|
| Quadro 1: Lista das ferrovias autorizadas pelo Governo Federal | 30 |
| Quadro 2: Principais temas abordados durante as Audiências Públicas 4/2022 e 5/2022 | 34 |

Lista de abreviaturas e siglas

| | |
|--------|--|
| ANTT | Agência Nacional de Transportes Terrestres |
| Dnit | Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes |
| DUP | Declaração de Utilidade Pública |
| EPL | Empresa de Planejamento e Logística |
| MInfra | Ministério da Infraestrutura |
| MP | Medida Provisória |
| PIT | Plano Integrado de Transportes |
| PLS | Projeto de Lei do Senado |
| PNL | Plano Nacional de Logística |
| PNT | Política Nacional de Transporte |
| RFFSA | Rede Ferroviária Federal S.A. |
| TCU | Tribunal de Contas da União |
| Valec | Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. |

Sumário

| | | |
|-----------|--|-----------|
| 1. | Introdução | 11 |
| 2. | Problema e justificativa..... | 13 |
| 3. | Objetivos | 14 |
| 3.1. | Objetivo geral | 14 |
| 3.2. | Objetivos específicos..... | 14 |
| 4. | Metodologia | 15 |
| 5. | Referencial Teórico | 16 |
| 6. | Desafios da autorização ferroviária no Brasil..... | 34 |
| 6.1.1. | Desapropriação..... | 36 |
| 6.1.2. | Coexistência dos modelos de concessão e autorização ferroviária..... | 42 |
| 6.1.3. | Crítérios de desempate em trechos coincidentes..... | 46 |
| 6.1.4. | Alinhamento das autorizações ferroviárias com a política pública nacional do setor de transportes..... | 53 |
| 7. | Conclusões | 60 |
| 8. | Referências | 63 |

1. Introdução

Por longos anos a malha ferroviária nacional foi operada pela estatal Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA), porém, na década de 90 o cenário das ferrovias nacionais se encontrava precário e gerando dívidas públicas, o que motivou o governo a realizar a desestatização do setor, visando, principalmente, eliminar os seus custos e amenizar o déficit público existente à época.

Devido a esse fato, a atual malha ferroviária em atividade no país é operada pela iniciativa privada, por meio do regime de concessão dos serviços de transporte ferroviário conforme previsto na Lei 8.987/1995. Nesse regime, o governo concede, via licitação, a prestação do serviço público podendo ser precedida ou não da execução de obra pública de construção, ampliação ou manutenção de obras de interesse público necessários para a exploração por sua conta e risco e por prazo determinado.

A matriz de transporte de cargas no Brasil é muito concentrada no setor rodoviário, segundo a extinta Empresa de Planejamento e Logística (EPL, 2021), que foi incorporada na estatal Infra S.A., em 2017 o setor rodoviário respondia por aproximadamente 66% do transporte de cargas no Brasil, enquanto o ferroviário respondia por apenas cerca de 17%.

Atualmente, a malha ferroviária do Brasil é constituída de cerca de 29 mil quilômetros, entretanto possui pouco mais de 21 mil quilômetros de malha implantada em operação, concentrada nas regiões Sul e Sudeste (ANTT, 2017). Comparando com a matriz de transportes de outros países que possuem grandes extensões territoriais como o Brasil, verifica-se pouco aproveitamento desse modal de transporte que possibilita vantagens competitivas em relação ao rodoviário. Essa alta concentração rodoviária da matriz de transporte de cargas brasileira contribui para o alto custo da logística do país.

Diante desse cenário, o governo tem buscado incentivar a expansão do setor ferroviário, de modo a aproveitar as vantagens que o modal possui em relação ao rodoviário e criar uma matriz mais equilibrada, mais sustentável e com menor custo.

Uma das medidas adotadas é a construção de ferrovias com recursos da União para, posteriormente, conceder os trechos para a iniciativa privada. Entretanto, com os problemas econômicos enfrentados pelo Brasil nos últimos anos, verificou-se uma

significativa redução dos investimentos diretos em obras de infraestrutura, resultando em pouco avanço recente com essa medida.

Outra iniciativa foi a renovação antecipada de contratos de concessões vigentes em troca da realização de novos investimentos no setor. Além da ampliação, modernização e/ou duplicação da própria malha concedida, tal medida visa também a mitigação de conflitos urbanos existentes nas cidades pelas quais atravessa.

A mais recente delas é o chamado Marco Legal das Ferrovias, sancionado em dezembro de 2021 por meio da Lei 14.273/2021, que possibilita a exploração de ferrovias em regime privado por meio de autorização. Trata-se de uma inovação legislativa que permite a construção e a exploração de ferrovias diretamente pelo setor privado sem a necessidade de procedimentos mais complexos e demorados exigidos no regime de concessões, atualmente predominante no setor.

Após a instituição desse novo marco legal, o governo já recebeu mais de 80 pedidos de autorização para construção de novas ferrovias pela iniciativa privada, que totalizam cerca de R\$ 240 bilhões em investimentos previstos. Caso todos os pedidos sejam autorizados e executados estima-se que mais de 21 mil quilômetros de novos trechos sejam construídos.

É de se prever que a realização de investimentos em infraestrutura dessa magnitude pode transformar completamente a situação da matriz de transportes do Brasil, com impactos em toda a cadeia logística de forma a reduzir o conhecido “Custo Brasil”. Nesse contexto, o presente trabalho de conclusão de curso busca descrever as principais características e analisar os desafios que esse modelo deverá enfrentar para uma implantação bem-sucedida e capaz de incrementar a participação do modal ferroviário na matriz de transportes brasileira.

2. Problema e justificativa

O novo marco legal das autorizações ferroviárias é substancialmente diferente do modelo de concessão das malhas ferroviárias vigente, por isso o novo modelo, que se encontra em estágio embrionário, carece de discussão acadêmica versando sobre os pontos mais relevantes para que seja possível alterar o paradigma ferroviário vigente e possibilitar o almejado crescimento econômico para o país.

Devido à elevada possibilidade de ampliação da infraestrutura de transportes do país, o tema é de relevância para diversos agentes. As atuais concessionárias, as futuras autorizatárias e o poder concedente possuem interesse na construção de um regime mais robusto, sem lacunas e com regras claras. A sociedade e os usuários do transporte ferroviário, se beneficiam com a viabilização de uma malha ferroviária mais abrangente e eficiente, capaz de diminuir os custos de transporte e potencializar a competitividade no mercado nacional e internacional.

Apesar de já ser um modelo adotado em outros países e estar presente na exploração de outros setores da infraestrutura, é inédito para o setor ferroviário brasileiro e, portanto, um assunto ainda pouco explorado em trabalhos e estudos acadêmicos. Além disso, por ser um tema recente, os primeiros requerimentos de autorização ainda estão em estágios iniciais de análise, não existindo nenhum caso prático de implantação de estrutura ferroviária por esse regime.

A definição de critérios de desempate em trechos coincidentes, as regras acerca da coexistência entre dois regimes de exploração ferroviária (concessão e autorização), as indefinições sobre o processo de desapropriação, dentre outros, são desafios que precisam ser discutidos para que o novo modelo seja bem-sucedido.

A definição de soluções de forma açodada pode prejudicar a simplicidade e agilidade que se almeja para a atração de novos investimentos no setor, com consequentes implicações na forma de embates judiciais, aumento de custos e prolongamento desnecessário do período de implantação dos projetos. Portanto, abordar os principais desafios do novo modelo, versando sobre pontos que podem ter implicações negativas no futuro, contribuem para a melhoria da política pública posta, ajudando a atingir o potencial transformador da logística do país.

3. Objetivos

3.1. Objetivo geral

Em face do novo modelo de exploração de ferrovias no Brasil por meio de autorização e dos potenciais impactos no setor logístico do país, este trabalho tem por objetivo descrever as principais características e analisar os desafios que esse modelo deverá enfrentar para uma implantação bem-sucedida e capaz de incrementar a participação do modal ferroviário na matriz de transportes brasileira. O método de pesquisa a ser empregado consiste em revisão bibliográfica resultando em uma pesquisa descritiva e explicativa.

3.2. Objetivos específicos

Inicialmente, este trabalho irá descrever as características jurídicas e técnicas do setor ferroviário no Brasil, incluindo o Novo Marco Legal Ferroviário.

Após a descrição, será feita uma análise dos principais desafios que serão enfrentados para a efetiva implementação da autorização de ferrovias no Brasil

4. Metodologia

A partir da descrição dos novos elementos, relacionados à autorização ferroviária, introduzidos no setor a partir da criação da Lei 14.273/2021 (Novo Marco Legal das Ferrovias) e de seus potenciais impactos na matriz de transportes brasileira, busca-se explicar, por meio de análises, quais são os principais desafios, selecionados com base na materialidade, risco e relevância, que podem dificultar a sua efetiva implementação.

Com base nessa finalidade geral, o primeiro objetivo específico será descrever as características jurídicas e técnicas da autorização ferroviária prevista no novo marco legal e como esse instrumento poderá impactar o setor ferroviário no Brasil. O trabalho irá focar em responder questões relacionadas aos principais elementos técnicos e jurídicos que foram levantados a partir da publicação da referida Lei, bem como esclarecer quais as inovações relevantes para o setor. Para isso, será utilizada uma pesquisa descritiva a partir de uma revisão bibliográfica sobre o assunto.

As principais fontes de informação para responder a essas questões são o texto da Lei e suas regulamentações, as resoluções publicadas pela Agência Nacional de Transportes Terrestres, as consultas e as audiências públicas sobre o tema e os documentos jurídicos produzidos por doutrinadores e pesquisadores a respeito da autorização de serviço público. Com esse procedimento, espera-se obter uma descrição das principais características e desafios do novo marco legal ferroviário.

Outro objetivo específico a ser atingido será o de analisar os principais desafios que serão enfrentados pelo setor para a efetiva implementação da autorização de ferrovias no Brasil. Para o seu alcance, algumas questões de pesquisa devem ser respondidas, como por exemplo, quais as dificuldades que a coexistência de dois modelos de outorga poderá trazer ao setor, se há procedimentos que precisam ser aprimorados para a efetiva implantação desse modelo e se o planejamento setorial atual do Governo está compatível com as transformações que esse modelo poderá trazer na logística nacional.

Portanto, a pesquisa parte de uma exploração dos instrumentos legais relacionados ao tema resultando em uma fase descritiva de suas principais características e inovações, para, então, realizar a conclusão por meio de uma fase

analítica, onde serão abordados os principais desafios que podem dificultar a implantação do novo modelo.

5. Referencial Teórico

5.1. Breve histórico do setor ferroviário no Brasil

Criada por meio da Lei 3.115/1957, com o objetivo de promover e gerir os interesses da União no setor de transporte ferroviário, a Rede Ferroviária Federal S.A (RFFSA) tornava o Estado uma presença forte no setor à época. A RFFSA incorporou as estradas de ferro de propriedade da União e por ela administradas, e possuía como competência administrar, explorar, conservar, reequipar, ampliar, melhorar e manter em tráfego as estradas de ferro brasileiras.

Em 1992, a RFFSA foi incluída no chamado Programa Nacional de Desestatização e o processo de desestatização concluído entre 1996 e 1998. Sendo assim, a operação dos cerca de 22mil quilômetros de ferrovias foi concedida à iniciativa privada por um prazo determinado (em geral 30 anos), continuando o governo federal sendo o proprietário e formulador de políticas para o setor.

Segundo Paradelo (1998):

O termo DESESTATIZAÇÃO refere-se a este movimento de afastamento do Estado empreendedor, operador e intervencionista, de alguns setores econômicos, cedendo este espaço executor à iniciativa privada, sem, contudo, abrir mão de seu papel de coordenador, fiscalizador e formulador de políticas para estes setores nos quais operava diretamente. A presença normalizadora do Estado se faz necessária dada à posição estratégica destas áreas no cenário econômico nacional. Nestes setores o Estado cede a operação à iniciativa privada, através de concessões, por tempo determinado, sem abrir mão, porém, de sua propriedade.

Ao proceder com a desestatização da RFFSA, o Estado passou a focar nas políticas públicas para o setor e na regulação dos operadores ferroviários. Apesar da desestatização ter sido concluída em 1998, apenas em 2001, por meio da Lei 10.233/2001, criou-se a Agência Nacional de Transportes Terrestres, autarquia responsável pela regulação das atividades de exploração da infraestrutura ferroviária e rodoviária federal.

Com a privatização de empresas estatais, as Agências Reguladoras assumem funções que antes eram exercidas pela Administração Pública Direta, no caso ferroviário esse papel era exercido pela RFFSA, onde devem zelar pela supremacia do interesse público e direito dos usuários. Conforme Di Pietro (2012) “entendeu-se necessário regular as atividades objeto de concessão a empresas privadas, para assegurar regularidade na prestação dos serviços e o funcionamento equilibrado da concorrência”.

Dessa forma, o setor ferroviário brasileiro atual é composto por empresas privadas que operam trechos concedidos pelo Estado, seja por meio de malhas ferroviárias advindas da desestatização da RFFSA, por malhas construídas no âmbito das próprias concessões ou por malhas construídas com recursos públicos pela empresa pública Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S/A, que após a incorporação da Empresa de Planejamento e Logística (EPL) passou a se chamar Infra S.A.

Hoje, o setor opera por meio do modelo de gestão verticalizada, tendo por fundamento a Lei 8.987/1995, onde a responsabilidade pela manutenção da infraestrutura e a prestação de serviços são realizadas pela mesma companhia. Segundo Pinheiro e Ribeiro (2017):

a propriedade de infraestrutura e prestação de serviços pela mesma companhia no mercado ferroviário se justifica por diversas particularidades das atividades de transporte ferroviário em relação aos demais serviços de infraestrutura, como eletricidade, telecomunicações, e demais modais de transporte, que fazem com que as operações sejam mais exigentes que as de outras indústrias, como: (I) interação física permanente entre os ativos-chave (trilhos e veículos ferroviários); (II) maior interferência do desgaste dos ativos-chave durante as operações; (III) alta complexidade operacional decorrente das diferenças entre os tipos de serviços (cargas, passageiros, trens de alta velocidade, etc.); e (IV) maiores riscos de segurança em caso de mau funcionamento e falhas operacionais.

Apesar dos ganhos em relação à operação estatal, o modelo de concessão que foi adotado no país apresenta diversos pontos negativos que afetaram a efetividade da logística nacional por décadas, resultando em uma prestação de serviço de baixa qualidade e na pouca expansão da malha ferroviária nacional. Segundo Ribeiro (2014):

A verticalidade da operação ferroviária como um todo, e a forte expansão da atividade agrícola e minerária no país, geraram efeitos que, em certa medida,

colocaram em xeque esse modelo regulatório do ponto de vista dos incentivos nele dispostos. De um lado, a concentração de todas as atividades em um usuário direto do serviço público de transporte ferroviário criou ou agravou problemas concorrenciais característicos às ferrovias, como o de barreira à entrada, trazendo à tona questões de compartilhamento da infraestrutura como tráfego mútuo, direito de passagem e a tutela regulatória da relação entre concessionário e usuário dependente.

De outro lado: (i) os contratos de concessão de serviço público de transporte ferroviário celebrados no contexto da desestatização da década de 1990 foram por longo prazo de vigência; (ii) a modernização e a ampliação da prestação do serviço restaram contratualmente fixados como direitos do concessionário, devido à titularidade do serviço pertencer ao concedente, bem como para assegurar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, tendo em vista o valor final da tarifa e sua modicidade; (iii) a forte expansão da carga mineral e agrícola transportada não havia sido contemplada na projeção levada em conta quando da celebração dos contratos; e (iv) a fiscalização do contrato pelo poder concedente não parece ter sido adequada, como costuma ocorrer nos contratos administrativos em geral, aliás— até porque não se tem notícia de que os contratos de concessão tenham sido reequilibrados à luz da demanda acima da projetada, o que poderia implicar novas obrigações ao concessionário em contrapartida, e também porque se tem notícia de que parte da malha concedida caiu em desuso e abandono, devido ao desinteresse dos concessionários e à falta de fiscalização do concedente. Esse sistema — e a aplicação que dele se fez —, se de um lado conseguiu transferir o ônus do investimento para iniciativa privada, de outro lado, incentivou o monopólio e a restrição do uso das ferrovias, ocasionando os fatores acima referidos que concorreram para a não expansão adequada da malha ferroviária nacional, culminando na defasagem atualmente experimentada. Todo o exposto denota que a modelagem jurídica precisa de ajustes que forneçam os incentivos adequados para dotar o Brasil, um país continental, de um sistema ferroviário que cubra os pontos de demanda reprimida existentes em seu território, desafogando as estradas, contribuindo para uma maior eficiência à logística nacional e causando menos impacto ao meio ambiente.

Em face das restrições existentes no regime de concessão ferroviária, de forma inovadora e a partir de uma visão mais liberal, foi promulgada a Lei 14.273/2021, chamada de Novo Marco Legal das Ferrovias, que possibilita a construção e

exploração de ferrovias por meio do regime de autorização. Essa lei será abordada em tópico específico.

5.2. Características do modal ferroviário

Segundo Nabais (2014), a ferrovia é composta de dois subsistemas básicos: o de material rodante, do qual fazem parte os veículos tratores e rebocados, e o de via permanente, do qual fazem parte a infraestrutura e a superestrutura ferroviária.

O Ministério da Infraestrutura (2016) aponta como principais características do modal ferroviário:

- Grande capacidade de carga;
- Adequado para grandes distâncias;
- Elevada eficiência energética;
- Alto custo de implantação;
- Baixo custo de transporte;
- Baixo custo de manutenção;
- Possui maior segurança em relação ao modal rodoviário, visto que ocorrem poucos acidentes, furtos e roubos;
- Baixa integração entre os Estados;
- Pouco poluente.

Segundo Ribeiro (2002), os principais elementos capazes de influenciar a viabilidade quanto à utilização do modal ferroviário referem-se à densidade do tráfego e a distância a ser percorrida, sendo melhor empregar o modal ferroviário em trajetórias cuja distância ultrapasse 500km, ou para grandes volumes de cargas.

Para Rodrigues (2004), ao elencar as principais desvantagens das ferrovias, o elevado investimento em infraestrutura, em decorrência da necessidade de qualidade e resistência das vias permanentes, principalmente, devido ao peso dos trens e a dependência da disponibilidade de material rodante e de tração, que também apresentam um alto custo de aquisição, são empecilhos para viabilizar a operação de utilização do modal.

Assim, verifica-se que as características do modal, adequadas para grande capacidade de carga e para grandes distâncias, se alinham às características geográficas do Brasil, todavia, por exigirem relevantes investimentos na sua fase

inicial e prazos longos de maturação, demandam do tomador de decisão uma avaliação cautelosa e criteriosa acerca da viabilidade econômica do empreendimento.

5.3. Formas de delegação da prestação de serviço público

A Constituição Federal de 1988 ao tratar da organização do Estado, destinou a competência à União para explorar os serviços de transporte ferroviário que transponham os limites de Estado. Essa exploração pode se dar por via direta ou por meio de autorização, concessão ou permissão:

Art. 21. Compete à União:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(..)

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

Sobre a prestação de serviços públicos, o art. 175 da Constituição dispõe:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

A partir da leitura do artigo 21, inciso XII, da Carta Magna chega-se à conclusão de que são três os instrumentos expressos na Constituição para a outorga de exploração de serviços públicos: a concessão, a permissão e a autorização. Esses são os três mecanismos previstos para a delegação da atividade estatal ao particular, cada uma com a sua característica em relação ao conjunto de obrigações e deveres entre as partes.

De acordo com Furtado (2016), concessão de serviço público, de acordo com a legislação vigente, pode ser assim caracterizada:

A Lei nº 8.987/95, em seu art. 2º, II, conceitua concessão de serviço público como “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação,

na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

O dispositivo legal apresenta, além do conceito, algumas características da concessão de serviço público. São elas:

1. A concessão é uma delegação de serviço público, o que importa em dizer que por meio do contrato de concessão será transferida a um particular a incumbência da prestação do serviço público sem que isso importe, todavia, em transferência da titularidade do serviço;
2. A formalização da concessão depende de licitação, que deve observar necessariamente a modalidade de concorrência;
3. Somente pode ser concessionário de serviço público pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre a necessária capacidade para o seu desempenho; e
4. A exploração da concessão deve ser feita pelo concessionário por sua conta e risco.

Segundo Aragão (2017), concessão é a “delegação contratual e remunerada da execução de serviço público a particular para, por sua conta e risco, explorá-lo de acordo com as disposições contratuais e regulamentares pertinentes, por determinado prazo, findo o qual os bens afetados à prestação do serviço, devidamente amortizados, voltam ou passam a integrar o patrimônio público”.

Ainda de acordo com o mesmo autor: “Pela concessão, o poder público se desonera da prestação de serviços públicos de sua titularidade em relação aos quais não tem condições financeiras ou não entende ser conveniente a sua prestação direta. O seu exercício é, então, transferido a um agente privado que se remunerará, via de regra, pelas tarifas que os usuários lhe pagarão em razão da fruição do serviço, mantendo o Estado a titularidade e os controles públicos sobre ele”.

Quanto à autorização, de acordo com Moura (2019), “autorização de serviço público é uma modalidade de contrato administrativo por meio da qual a administração repassa para a iniciativa privada a execução de determinado serviço público”. O autor ainda elenca algumas características desse instrumento: “ato administrativo precário, unilateral, discricionário, cuja função precípua é consentir como uso de um bem público ou permitir que algum particular possa realizar essa prática. Neste último caso, ela é denominada autorização de serviço público”.

Conforme visões expostas por Coutinho (2014), a autorização pode ser entendida como uma modalidade no sentido de que a regulação estatal de atividades econômicas é uma intervenção estatal que interfere no funcionamento do mercado e que a economia livre e a livre concorrência entre os entes privados são capazes de prover condições adequadas para o funcionamento do setor.

A Lei 14.273/2021, ao tratar das formas de exploração indireta de ferrovias, diferencia autorização de concessão ao definir que a outorga de autorização será em regime privado e a outorga de concessão em regime público:

“Art. 7º A exploração de ferrovias será executada pela União, pelo Distrito Federal e pelos Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, de forma:

I - direta; ou

II - indireta, por meio de autorização ou concessão.

Parágrafo único. A exploração direta de ferrovias somente deve ser permitida nas hipóteses de que trata o art. 173 da Constituição Federal e deve ser exercida por meio de entidades estatais especializadas.

Art. 8º A exploração indireta de ferrovias será exercida por operadora ferroviária:

I - em regime privado, mediante outorga de autorização;

II - em regime público, mediante outorga de concessão.”

Por fim, apesar de não ter previsão de ser utilizada no setor ferroviário brasileiro, a permissão de serviço público pode ser caracterizada, segundo Rigolin (2004) como “Instituto de direito administrativo, não tem natureza contratual mas de simples ato unilateral de outorga, com caráter negocial, através do qual a Administração Pública entrega a execução de algum serviço público a particular, nas condições estabelecidas tanto na legislação reguladora local quanto no próprio ato de outorga da permissão”.

De acordo com Aragão (2017), a permissão é adequada aos serviços que demandam investimentos de baixo vulto, de curto período, que envolvam apenas bens não reversíveis ou, de forma geral, em que seja viável a assunção pelo particular dos riscos da precariedade, ou seja, dos riscos de a qualquer momento ver extinto o seu título com a Administração sem direito a receber indenização.

Sobre a interpretação dos artigos 21 e 175 da nossa Constituição, Aragão (2017, p. 540 apud JUSTEN FILHO, 2005, p. 506) descreve que:

Como essas modalidades de delegação se subsumem a um conceito lato de concessão de serviços públicos, não podem ser consideradas inconstitucionais

por não serem expressamente previstas na Constituição. O fato de a Lei Maior prever nominalmente as concessões e permissões (arts. 21 e 175), não exclui outras espécies de contratos de delegação. E mais, a própria concessão prevista constitucionalmente pode, como defendemos, ser compreendida em seu sentido amplo, equivalente a qualquer espécie de delegação contratual de serviços públicos.

Por sua vez, Marçal Justen Filho interpreta nossa Constituição no sentido de que “o art. 175 não impôs uma disciplina restritiva para o legislador. A referência à delegação por meio de concessão de serviço público não significou nem a consagração de um único e determinado tipo de avença nem a vedação a que outras avenças sejam praticadas”.

Entretanto, deve-se destacar que houve conflitos de posicionamentos doutrinários em relação à utilização de autorização para a delegação de serviço público, sendo que alguns autores questionam inclusive a impossibilidade de empregar tal instrumento para essa finalidade. Di Pietro (2020) aborda esse conflito:

Na terceira acepção autorização é o ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público, a título precário. Trata-se da autorização de serviço público. Esta hipótese está referida, ao lado da concessão e da permissão, como modalidade de delegação de serviço público de competência da União. Até a 17ª edição, vínhamos entendendo que a autorização não existe como forma de delegação de serviço prestado ao público, porque o serviço é prestado no interesse exclusivo do autorizatário. A partir da 18ª edição, esse entendimento foi reformulado. Os chamados serviços públicos autorizados, previstos no artigo 21, XI e XII, da Constituição Federal, são de titularidade da União, podendo ou não ser delegados ao particular, por decisão discricionária do poder público; e essa delegação pode ser para atendimento de necessidades coletivas, com prestação a terceiros (casos da concessão e da permissão), ou para execução no próprio benefício do autorizatário, o que não deixa de ser também de interesse público. A essa conclusão chega-se facilmente pela comparação entre os serviços de telecomunicações, energia elétrica, navegação aérea e outros referidos no artigo 21, XI e XII, com os serviços não exclusivos do Estado, como educação e saúde. Estes últimos, quando prestados pelo Estado, são serviços públicos próprios; quando prestados por particular, são serviços públicos impróprios, porque abertos à iniciativa privada por força da própria Constituição; no primeiro caso, existe

autorização de serviço público; no segundo, existe autorização como ato de polícia.

Verifica-se que outros setores utilizam essa forma de delegação de serviço público, como no setor portuário, com a edição da Lei 12.815/2013, que disciplinou a exploração dos portos e instalações portuárias. Da mesma forma, a Lei 12.996/2014, que previu a figura da autorização para o transporte rodoviário regular interestadual e internacional de passageiros.

Segundo Schiller (2018), “Todas essas leis se valeram do instrumento da autorização para a outorga, à iniciativa privada, de atividades de interesse público. A delegação, contudo, não se dá através de um instrumento precário e sem prazo, mas por mecanismos complexos, que acabam por fixar tanto prazos e garantias, quanto condições e penalidades”.

5.4. Regulação do setor ferroviário

Além da citada Lei 14.273/2021, que dispõe sobre os tipos de outorga para a exploração indireta de ferrovias, a exploração do serviço de transporte ferroviário por meio de parceiros privados também vem sendo regida pelos termos do art. 175 da Constituição Federal e pela Lei 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

De modo complementar, a Lei 9.074/1995, denominada Lei das Concessões, estabeleceu normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços público.

Assim, estes dois dispositivos formam a base jurídica que originaram as concessões de ferrovias atualmente vigentes. Conforme Guerra Neto (2019 apud FEIGELSON, 2015 e LANG, 2007):

as leis 8.987/1995 e 9.074/1995 formaram a base jurídica para a desestatização desse modo de transporte na década de 90, e apesar de serem generalistas, constituem até os dias de hoje a espinha dorsal do marco regulatório desenhado para o transporte ferroviário de cargas. Muitos dos dispositivos presentes nos contratos de concessão do setor ferroviário somente estão presentes devido a sua obrigatoriedade imposta pela lei 8.987/1995 (BRASIL, 1995).

Cita-se também o regulamento dos transportes ferroviários, instituído pelo Decreto 1.832/1996, como parte importante da estrutura das normas legais que norteiam o setor.

No que tange à regulação dos serviços públicos de transporte ferroviário, de acordo com Wanderley (2018 apud DURÇO, 2011), a evolução da regulação busca por uma maior concorrência no setor com uma menor intervenção:

No processo de evolução da regulação dos serviços públicos de transporte ferroviário pode-se dizer que, em termos globais, há uma tendência de consenso entre os especialistas e as agências reguladoras na busca de uma maior concorrência no setor de transporte ferroviário com uma concomitante menor intervenção regulatória, pública, mas ainda há, por outro lado, um amplo debate sobre como esse novo patamar poderá se desenvolver.

Ainda segundo Wanderley (2018, apud POMPERMAYER, CAMPOS-NETO e SOUSA, 2012), no que tange ao modelo regulatório atual:

Além do foco na exportação, com o fomento dos principais corredores logísticos de exportação, apesar dos significativos avanços, na visão de Pompermayer, Campos-Neto e Sousa (2012) o modelo de regulação econômica preconizado nos atuais contratos de concessão no mercado ferroviário brasileiro apresenta pontos falhos, como: não estimular um maior nível de investimentos, não propiciar melhor utilização da malha ferroviária em toda a sua extensão e não permitir maior concorrência entre as concessionárias, principalmente por conta das restrições à utilização de instrumentos como o direito de passagem e o tráfego mútuo.

No mesmo sentido, Guerra Neto (2019) conclui:

Constatou-se que a maioria das ferrovias brasileiras possuem contratos de concessão firmados na década de 90 com o poder concedente, quando, no intuito de se reduzir o déficit fiscal, o poder concedente realizou o leilão de desestatização da RFFSA. Esses ajustes são fonte recorrentes de críticas por apresentarem diversas lacunas regulatórias e por não incentivarem o uso eficiente do modal, principalmente para o direito de passagem.

Dessa forma, o modelo de autorização ferroviária, criado por meio da Lei 14.273/2021, surge como um novo marco regulatório com potencial de impactar todo o setor ferroviário por meio de um processo mais ágil e simplificado do que o modelo de concessão, com o objetivo de diminuir a intervenção regulatória, mitigar os problemas existentes nos atuais contratos e estimular uma maior concorrência dentro e fora do setor ferroviário.

Em relação à reforma de um marco regulatório, Ribeiro (2014) afirma não ser algo trivial, principalmente no setor de infraestrutura, e destaca que se deve garantir que os projetos atendam ao interesse público acima de tudo:

(...) se reformar um marco regulatório já não é, por si, uma tarefa trivial, a questão ganha em complexidade especialmente quando o setor sob reforma integra a infraestrutura do país.

Isso porque as atividades dos setores de infraestrutura têm por características particulares a elevada escala, integração e indivisibilidade; a necessidade de construção de extensas redes estruturais; e o elevado custeio fixo de instalação, o que as denota capital-intensivas em tecnologia e demandantes de profissionais qualificados para sua operação e gestão.

Por conta disso, precisam de um alto volume de recursos, obtidos pela remuneração da prestação do serviço, por verbas do orçamento, financiamentos públicos e privados viabilizados por mecanismos de garantia, bem como financiamentos mediante fundos vinculados para novos investimentos de longa maturação. Comportam, em suma, investimentos de grande porte amortizáveis apenas a longo prazo.

São essas mesmas características, e o fato dos setores de infraestrutura serem meios viabilizadores de outras atividades, importando ao desenvolvimento nacional em acepção ampla, que tornam peculiar a reforma de um marco regulatório de infraestrutura, na medida em que demandam um ambiente no qual o valor segurança jurídica seja prioritariamente considerado, tudo em favor do alcance dos objetivos finais.

Dessa feita, é preciso redobrar as cautelas ao se proceder a alterações regulatórias, de modo que seus impactos não acabem por ser mais caros aos objetivos pretendidos que os benefícios advindos da mudança.

Ou seja, a possibilidade de se autorizar a exploração do serviço de transporte ferroviário tem o condão de alterar o modelo regulatório vigente, entretanto não se trata de uma tarefa simples ou que trará resultados no curto prazo, visto que as principais definições e contornos ainda se encontram em estágio prematuro e os projetos ferroviários somente conseguem se viabilizar no longo prazo.

5.5. Novo Marco Legal das Ferrovias

O instrumento de autorização ferroviária foi inicialmente abordado no âmbito do Projeto de Lei do Senado (PLS) 261, de 28 de maio de 2018. Após amplo debate do

referido PLS pelos congressistas, apenas em 17 de dezembro de 2021 foi sancionada a Lei 14.273/2021, também chamada de Novo Marco Legal das Ferrovias ou Lei das Ferrovias, que instituiu o marco regulatório do setor e dispôs acerca do serviço de transporte ferroviário de cargas e passageiros, especialmente em relação ao regime de exploração mediante autorização.

No decorrer da ampla discussão que o projeto demandou no Congresso, o Governo Federal publicou a Medida Provisória (MP) 1.065, em 30 de agosto de 2021, que tratou do mesmo tema, exploração de serviço de transporte ferroviário mediante outorga de autorização. O texto da MP guardava grande semelhança com o PLS 261/2018, entretanto, como o referido projeto de lei não tinha a sua tramitação concluída no âmbito da Câmara e do Senado Federal, a solução pela publicação da MP, que possui força de lei e produz efeitos imediatos, possibilitou ao Governo Federal a emissão das primeiras outorgas de autorização ferroviária. A medida provisória definia o Ministério da Infraestrutura (MInfra) como legitimado para emissão dessas outorgas e resultou na assinatura de 27 contratos de adesão durante a sua vigência, que findou em 6 de fevereiro de 2022.

Assim, com o fim da vigência da MP 1065/2021, a Lei das Ferrovias, sancionada em 17/12/2021, já estava vigente e permitiu a continuidade da emissão de outorga de autorizações ferroviárias. Diferentemente da MP 1.065/2021, na referida lei a ANTT foi definida como legitimada para a emissão das outorgas mediante autorização. Assim, atualmente cabe à Agência a regulamentação do tema.

Em virtude dessa atribuição, em setembro de 2022, houve a publicação da Resolução ANTT 5.987/2022, que disciplina o processo administrativo de requerimento para exploração de novas ferrovias, novos pátios ferroviários e demais instalações acessórias mediante outorga por autorização, nos termos do art. 25 da Lei 14.273/2021.

Além da citada resolução, em 21 de outubro de 2022, foi publicado o Decreto 11.245/2022, que regulamenta a Lei 14.273/2021 no âmbito da administração pública federal.

Dessa forma, as autorizações ferroviárias, viabilizadas a partir da sanção da Lei 14.273/2021 permitem a exploração, em regime privado, de infraestrutura ferroviária no país, o que inclui ramais, pátios e terminais. As estruturas ferroviárias construídas a partir desse modelo, possuem como proprietário os próprios empreendedores, permitindo a livre iniciativa no mercado.

A referida lei dispõe que os riscos da construção e da operação são quase todos alocados a esse particular, em compensação, há um processo mais célere, sem a necessidade de complexos processos de licitação, e com menos previsão de regulação pelo Poder Público, permitindo uma liberdade para a proposição de traçado, preços, níveis de serviço e especificações, bem como para a condução do negócio como um todo.

A partir desse sistema mais simplificado e livre para construção e operação de estruturas ferroviárias, há uma expectativa pelo Poder Público de que haja uma aceleração dos investimentos no setor, com conseqüente crescimento econômico e incremento da logística nacional.

De fato, a redução da carga regulatória somada à liberdade prevista para o autorizatário, tendem a resultar em uma maior participação do privado nesse tipo de empreendimento, como verificado em outros setores, a exemplo do setor portuário. Além disso, há a necessidade de mais ferrovias no Brasil, tendo em vista a dependência atualmente existente do setor rodoviário, que responde por mais de 60% da matriz de transporte no país, segundo o Plano Nacional de Logística (PNL 2035). O aumento da infraestrutura ferroviária, de forma a garantir competitividade ao setor produtivo, é um dos grandes objetivos das autorizações.

Com a liberdade dada ao setor privado, atraído pela agilidade e simplicidade do modelo, espera-se que novos trechos ferroviários, com aptidão não captada em planos e políticas setoriais, sejam avocados pelo mercado, potencializando o surgimento de novos corredores logísticos.

Além de estimular a construção de novos trechos, o art. 26 da Lei de Ferrovias também pretende dar uma solução para trechos ociosos ou em processo de devolução em malhas com contrato de outorga em vigor, por meio de chamamento público. Esse processo pode resolver a situação de diversos trechos ferroviários atualmente abandonados ou com baixo uso pelas concessionárias e estimular a criação das chamadas *shortlines* no Brasil, tipo de operação regional empregado com sucesso nos Estados Unidos (EUA). Segundo Wanderley (2019), dentro do modelo de regulação do mercado ferroviário americano:

Naquele modelo, uma shortline é definida como uma empresa ferroviária de pequeno ou médio porte, que opera linhas com comprimento relativamente curto em relação às malhas ferroviárias nacionais, em negócios tipicamente desenhados para atender áreas de baixa densidade de carga ou passageiros.

(...)

Em linhas gerais, as shortlines existem, basicamente, por um dos três motivos: para ligar duas indústrias que exigem o frete ferroviário juntas (por exemplo, uma mina de gesso e uma fábrica de painéis de parede, ou uma mina de carvão e uma usina de energia); para tratar o tráfego local de outras ferrovias, geralmente maiores, em uma estrutura similar ao que o mercado denomina de última milha; ou para operar um serviço de trem de passageiros, turístico ou não.

Nesses casos, formalizada por aditivo ao contrato de concessão, deve ser providenciada a cisão desses trechos da atual operadora ferroviária em favor da nova autorização, sem prejuízo de eventuais ressarcimentos devidos pela operadora atual ao poder concedente.

O resultado de uma maior participação do modal ferroviário na matriz de transporte brasileira poderá trazer, além de menor impacto ambiental, a redução do custo logístico nacional e, conseqüentemente, melhorar a competitividade dos produtos brasileiros. Sobre esses pontos, Castelar (2021) destaca:

Desde a década passada, o Brasil se esforça para elevar a proporção de carga transportada por ferrovias. É fácil entender a lógica disso: para distâncias grandes, como as nossas, e cargas pesadas, como é o caso de grande parte das que hoje viajam de caminhão, o custo do modal ferroviário é metade, ou menos, do rodoviário. Assim, para além do retorno obtido pelos investidores nos novos projetos, dos seus fornecedores e dos trabalhadores neles ocupados, ganham os consumidores domésticos e a competitividade externa, beneficiados por menores custos logísticos.

A sociedade também ganha, e muito, por o transporte ferroviário gerar menos externalidades negativas que o rodoviário: menores emissões de CO², menos acidentes, menores perdas de biodiversidade, menos congestionamento, etc. Estimativas para a Europa colocam os custos desses impactos adversos em 68 euros por mil tonelada/km no transporte rodoviário, contra 6,7 euros quando a carga é levada por trem.

Em estudo publicado pela Confederação Nacional da Indústria (CNI, 2022), o modal de transporte ferroviário no Brasil é o que tem a pior avaliação, com 37% das empresas entrevistadas que utilizam o modal considerando-o ruim ou péssimo. Além disso, o estudo indica o modal ferroviário como maior gargalo de infraestrutura do país e a ampliação de investimentos no aumento da malha ferroviária como uma das soluções.

Assim, verifica-se que há uma grande oportunidade de utilização de um instrumento capaz de fomentar a participação privada na construção de ferrovias, mas, caso seja feito de forma açodada, com critérios rasos e sem um alinhamento com o interesse público, há sérios riscos desse instrumento não ser bem-sucedido para atender aos interesses da sociedade. Medidas para garantir a segurança jurídica e, conseqüentemente, resultar na atração de investimentos devem ser priorizadas.

5.6. Autorizações ferroviárias

Segundo o Ministério da Infraestrutura (2022), até o dia 02/12/2022, de um total de 80 pedidos de requerimentos, já foram assinados 27 contratos entre o Governo Federal e o setor privado para implantação de novas estradas de ferro no país pelo regime de autorização, previsto no Novo Marco Legal das Ferrovias. A projeção de investimento para esses contratos soma R\$ 133 bilhões e estima-se 9,9 mil quilômetros de novas ferrovias.

O Quadro 1 abaixo detalha os pedidos que já possuem contrato assinado:

Quadro 1 – Lista das ferrovias autorizadas pelo Governo Federal

| | Empresa | Trecho | Extensão |
|----|------------------------------|--|----------|
| 1 | Bracell | Lençóis Paulistas/SP | 4,29 km |
| 2 | Bracell | Lençóis Paulistas/SP a Pederneiras/SP | 19,5 km |
| 3 | Ferroeste | Cascavel/PR a Chapecó/SC | 286 km |
| 4 | Ferroeste | Maracaju/MS a Dourados/MS | 76 km |
| 5 | Ferroeste | Cascavel/PR a Foz do Iguaçu/PR | 166 km |
| 6 | Grão Pará | Alcântara/MA a Açailândia/MA | 520 km |
| 7 | Macro Desenvolvimento Ltda | Presidente Kennedy/ES a Sete Lagoas/MG | 610 km |
| 8 | Petrocity | Barra de São Francisco/ES a Brasília/DF | 1.108 km |
| 9 | Planalto Piauí Participações | Suape/PE a Curral Novo/PI | 717 km |
| 10 | Brazil Iron Mineração | Abaira BA a Brumado/BA | 120 km |
| 11 | Eldorado Brasil Celulose S.A | Três Lagoas/MS a Aparecida do Taboado/MS | 88,9 km |

| | Empresa | Trecho | Extensão |
|----|---|---|----------|
| 12 | Fazenda Campo Grande Empreendimentos e Participações Ltda | Santo André/SP | 7 km |
| 13 | Ferroeste | Guarapuava/PR a Paranaguá/PR | 405,2 km |
| 14 | Macro Desenvolvimento Ltda | Sete Lagoas/MG a Anápolis/GO | 716 km |
| 15 | Minerva Participações e Investimentos S.A | Açailândia/MA a Barcarena/PA | 571,3 km |
| 16 | Petrocity Ferrovias Ltda | São Mateus/ES a Ipatinga/MG | 410 km |
| 17 | Rumo S.A | Água Boa/MT a Lucas do Rio Verde/MT | 508 km |
| 18 | Rumo S.A | Uberlândia/MG a Chaveslândia (Santa Vitória/MG) | 276,5 km |
| 19 | VLI Multimodal S.A | Água Boa/MT a Lucas do Rio Verde/MT | 508 km |
| 20 | VLI Multimodal S.A | Uberlândia/MG e Chaveslândia (Santa Vitória/MG) | 276,5 km |
| 21 | VLI Multimodal S.A | Porto Franco/MA a Balsas/MA | 230 km |
| 22 | Porto do Açú Operações S.A | São João da Barra/RJ | 41,17 km |
| 23 | 3G Empreendimentos e Consultoria Ltda | Barcarena/PA a Santana do Araguaia/PA | 1.370 km |
| 24 | Morro do Pilar Minerais S.A | Colatina/ES a Linhares/ES | 100 km |
| 25 | Petrocity Ferrovias Ltda | Unai/MG a Campos Verdes/GO | 530 km |
| 26 | Rumo S.A | Bom Jesus do Araguaia/MT a Água Boa/MT | 249,2 km |
| 27 | VLI Multimodal S.A | Perequê (Cubatão/SP) e Tiplan (Santos/SP) | 8 km |

Fonte: Ministério da Infraestrutura

Em breve síntese descritiva, dos contratos assinados, 33% (9) refletem pedidos para trechos menores, com extensão de até 100 km, enquanto os restantes 66% (18) correspondem a trechos acima de 100 km. Dentre os maiores, 10 são trechos com mais de 500 km. Assim, de forma geral, é possível concluir que as autorizações ferroviárias outorgadas se referem, em sua maioria, a construção de trechos de grande extensão.

Como é possível observar, das 15 empresas que receberam autorização para construir ferrovias nesse novo modelo, 12 são estreates no setor ferroviário.

Destaca-se que a VLI Multimodal S.A. e a Rumo S.A., que já operam o transporte ferroviário no regime de concessão, foram as que receberam o maior número de autorizações e ambas as empresas já operam ferrovias no país pelo regime de concessão.

5.7. Agentes setoriais

A Constituição Federal dispõe, em seu art. 22, que compete privativamente à União legislar sobre transporte e, no art. 178, que essa legislação ocorrerá por meio de lei sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre. Assim, a União tem papel expressivo na organização e na definição de políticas públicas do setor ferroviário.

A União exerce as competências de formular, coordenar e supervisionar as políticas públicas de transporte ferroviário por meio do Ministério da Infraestrutura. Além dessas competências o Ministério também participa no planejamento estratégico, elabora diretrizes para a sua implementação e define prioridades dos programas de investimentos.

Com a função de construir e explorar a infraestrutura ferroviária no país, a estatal vinculada ao Ministério da Infraestrutura Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. possui outorga para construção e operação das ferrovias: Ferrovia Norte Sul (EF-151), Ferrovia de Integração Oeste Leste (EF-334), Ferrovia Transcontinental (EF-354) e Ferrovia do Pantanal (EF-267). Recentemente, por meio do Decreto 11.081/2022, foi autorizada a incorporação da Empresa de Planejamento e Logística S.A. pela Valec, a qual passou a se chamar Infra S.A.

A estatal teve participação importante no setor nos últimos anos com a construção da Ferrovia Norte Sul, entre Açailândia (MA) e Estrela D'Oeste (SP), e com a construção da Ferrovia de Integração Oeste Leste, entre Ilhéus (BA) e Barreiras (BA). Com exceção do trecho entre Caetité (BA) e Barreiras (BA), todos os demais trechos construídos já foram concedidos para operação à iniciativa privada.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres é a agência reguladora da atividade de exploração da infraestrutura ferroviária e rodoviária federal e da atividade de prestação de serviços de transporte terrestres.

Nos termos da Lei 14.273/2021, a ANTT exerce o papel de órgão regulador ferroviário, o qual possui a atribuição de regular e de fiscalizar a gestão da infraestrutura e o transporte ferroviário de cargas ou de passageiros. Assim, cabe à Agência analisar os pedidos e conceder as autorizações requeridas, caso atendam aos requisitos previstos na lei.

Por fim, as concessionárias são as empresas privadas que exploraram, por meio de concessão, os trechos de linhas ferroviárias visando a prestação do serviço de transporte ferroviário. De forma similar, as empresas autorizadas serão as empresas que poderão explorar as linhas ferroviárias por meio do regime de autorização.

6. Desafios da autorização ferroviária no Brasil

Para identificar os desafios que a implantação do modelo de autorização ferroviária pode encontrar na sua implementação, foi feita uma análise das contribuições realizadas por representantes, entidades, especialistas e usuários do setor ferroviário nas audiências públicas da ANTT 4/2022 e 5/2022 que trataram da regulamentação das autorizações ferroviárias. Os tópicos abaixo foram agrupados a partir dos temas abordados nas audiências públicas:

Quadro 2 - Principais temas abordados durante as Audiências Públicas 4/2022 e 5/2022

| Temas |
|--|
| Nível de detalhamento dos projetos |
| Necessidade de estudos de viabilidade |
| Grau de interferência da ANTT na avaliação do empreendimento |
| Titularidade da autorização |
| Desapropriação |
| Cláusulas previstas no contrato desnecessariamente |
| Assimetria regulatória e concorrencial entre o modelo vigente e o modelo das autorizações |
| Tratamento regulatório entre os tipos de ferrovias autorizadas |
| Definição de quais estudos prévios devem ser apresentados |
| Apresentação de garantias de execução do contrato |
| Previsão de penalidade para induzir o cumprimento dos investimentos |
| Análise de viabilidade locacional da ferrovia requerida |
| Seleção de requerimentos em trechos com faixa de domínio sobreposta |
| Estabelecimento de prazo para a ANTT avaliar os requerimentos |
| Definição de política pública para o setor (esclarecimentos sobre qual a política pública a ser seguida) |
| Definição do objeto ao qual se aplica a regulamentação do novo marco legal |
| Carência de definições em relação a termos utilizados nas resoluções |
| Prazo de vigência da autorização |

| Temas |
|--|
| Compartilhamento de via das ferrovias autorizadas |
| Distinção entre ferrovias autorizadas de interesse público e de interesse privado |
| Previsão de prazo visando celeridade das análises da ANTT |
| Definição de regras para selecionar requerimentos para o mesmo trecho |
| Diferenciação entre minuta de contratos de ferrovias autorizadas e de ferrovias oriundas do chamamento público |
| Análise da ANTT das propostas de alteração de traçado das ferrovias autorizadas |
| Caracterização de ferrovias autorizadas como de relevância pública ou de infraestrutura essencial |
| Procedimento para prorrogação do contrato de autorização |
| Transparência em relação às informações das características operacionais da via das ferrovias autorizadas |
| Possibilidades previstas em contrato para a decretação de caducidade da autorização |

Fonte: Audiências Públicas 4/2022 e 5/2022

Importante ressaltar que as Audiências Públicas 4 e 5/2022 foram realizadas antes da publicação do Decreto 11.245/2022, que regulamentou a Lei 14.273/2022. Deste modo, diversos temas apresentados na tabela anterior foram tratados pela regulamentação do referido decreto, pelo texto final da minuta de contrato a ser celebrado e/ou pela Resolução ANTT 5.987/2022, objetos das audiências, deixando de serem considerados desafios à implementação do novo modelo de autorizações ferroviárias. Outros, entretanto, não foram abordados nos dispositivos mencionados ou, se foram, ainda podem ser considerados desafios à sua implementação.

Assim, de forma a contribuir com o debate acerca das dificuldades que esse novo modelo deverá enfrentar, foram selecionados quatro desafios que, na visão do autor, tem o maior poder de impactar negativamente a sua implementação:

1. Desapropriação;
2. Coexistência dos modelos de concessão e autorização ferroviária;
3. Critérios de desempate em trechos coincidentes;
4. Alinhamento das autorizações ferroviárias com a política pública nacional do setor de transportes.

6.1.1. Desapropriação

Tendo em vista que para a construção das ferrovias autorizadas será necessária a emissão pelo Poder Público de uma Declaração de Utilidade Pública (DUP) para viabilizar as desapropriações ao longo do trecho, trata-se nesse tópico sobre as peculiaridades do uso desse instrumento no âmbito do processo de autorização ferroviária.

Segundo Souza (2017), desapropriação é a transferência compulsória da propriedade para o poder público com fundamento em utilidade pública, necessidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV, da CF) e trata-se de uma das causas de perda da propriedade (arts. 1.228, § 3º, e 1.275, V, ambos do Código Civil), com a especial característica de se fundar na preponderância do interesse público sobre o particular, atuação do Estado que, por interferir com direitos e garantias constitucionais (art. 5º, XXII e XXIV, da CF), ganha particular relevo, transcendendo os limites do Direito Civil e do Direito Administrativo.

Embora trate especificamente de ferrovias, a Lei 14.273/2021 tem impacto sobre o arcabouço legal das desapropriações, o Decreto-Lei 3.365/1941. Uma das principais modificações realizadas pela Lei das Ferrovias trata da nova redação pela inclusão do inciso IV no art. 3º da Lei de desapropriações, que dispõe acerca dos legitimados a promover a desapropriação:

Art.68 O Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º Podem promover a desapropriação, mediante autorização expressa constante de lei ou contrato:

I - os concessionários, inclusive aqueles contratados nos termos da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004;

II - as entidades públicas;

III - as entidades que exerçam funções delegadas do poder público; e

IV - as autorizadas para a exploração de ferrovias como atividade econômica.”(NR)

Assim, a referida Lei, incluiu a possibilidade de que, não apenas concessionários de serviços públicos, os autorizatários de ferrovias também poderão promover a desapropriação dos terrenos.

Essencial para esse processo, em atenção especialmente ao princípio da preponderância do interesse público sobre o privado, é a decretação de utilidade pública da área a ser desapropriada, conforme exige o referido Decreto-Lei. Para tanto, o Chefe do Poder Executivo ou delegatário deverá expedir a Declaração de Utilidade Pública (DUP), justificando a utilidade pública ou o interesse social na desapropriação do bem.

O art.5 do Decreto-Lei 3.365/1941, elenca os casos considerados de utilidade pública, onde destaca-se, para o presente estudo, as alíneas h) e p) que dispõem da exploração ou a conservação dos serviços públicos e dos demais casos previstos por leis especiais.

A desapropriação é um dos primeiros passos na construção de uma ferrovia, pois faz-se necessário ter acesso a todos os trechos de propriedades, geralmente privadas, nos quais o traçado do empreendimento irá passar. Sem a conclusão do processo de desapropriação, o construtor não tem a posse do terreno onde será construído, ficando impossibilitado de iniciar qualquer atividade no local relacionada à implantação da ferrovia, tais como desmatamento e terraplenagem.

Além disso, por ser um dos primeiros serviços a serem executados, a cláusula décima primeira da minuta do contrato de autorização da ANTT condiciona o início das obras à obtenção pela autorizatória das licenças ambientais aplicáveis e da documentação que lhe assegure o direito de uso e fruição da respectiva área, ou seja, as obras só poderão iniciar após a conclusão da desapropriação:

11. DA CONDIÇÃO SUSPENSIVA AO INÍCIO DA EXECUÇÃO DAS OBRAS

11.1. O início da execução das obras de construção, ampliação, expansão e modernização relativas a determinado trecho ferroviário fica condicionado à obtenção, pela AUTORIZATÁRIA, das licenças ambientais aplicáveis e da documentação que lhe assegure o direito de uso e fruição da respectiva área, inclusive em relação aos bens de propriedade do Poder Público que lhe tenham sido alienados, cedidos ou arrendados, nos termos da legislação em vigor.

11.2. A apresentação da documentação de que trata esta cláusula à ANTT deverá ocorrer previamente ao início das obras.

Mais ainda, por ser uma obra linear, geralmente de grande extensão, a execução das desapropriações costuma ser muito complexa, com diversos casos de judicialização pela insatisfação dos proprietários das áreas desapropriadas com o processo, seja por conta de contrariedade em relação à indenização proposta ou por não terem interesse em abandonar a área de sua propriedade. Esses processos acabam impactando o cronograma e o custo das obras e, no caso da autorização ferroviária, pode inviabilizar economicamente o empreendimento.

Como exemplo, a estatal Valec, atual Infra S.A., foi a responsável pela execução de milhares de quilômetros de obras ferroviárias e teve dificuldades em concluir o processo de desapropriação em diversos imóveis, resultando em atrasos relevantes no desenvolvimento do empreendimento, situação que foi relatada no Acórdão 2.645/2015-TCU-Plenário (TC 008.290/2015-6), onde o Ministro Relator Augusto Sherman destacou em seu voto:

De acordo com a unidade técnica, os fatores que contribuíram para os atrasos nas obras da Fiol já foram relatados por este Tribunal em trabalhos anteriores: estabelecimento de prazo contratual diferente do previsto em projeto, inadequação das providências adotadas pela Valec para sanar interferências (impedimentos ambientais e problemas com desapropriação), bem como graves deficiências de projeto.

Essa complexidade também foi relatada nos Estudos de Investimentos realizados pela Bahaiinveste (junho/2018), que embasou a concessão da Ferrovia de Integração Oeste Leste (Fiol), segmento entre Caetité/BA e Ilhéus/BA. Mesmo após vários anos do início das obras pela Valec, ainda foi possível verificar alguns trechos com pendências relacionadas às desapropriações.

Assim, é de se esperar que esse processo, quando realizado por empresas privadas autorizadas no âmbito de seus projetos, também seja complexo e com grande potencial de impactar no cronograma inicial das obras.

Importante ressaltar que a extensão da ferrovia impacta diretamente na complexidade das desapropriações. Geralmente, obras mais extensas exigem a desapropriação de uma quantidade maior de propriedades e, conseqüentemente, apresentam uma maior probabilidade de complicações no decorrer do processo.

Um dos primeiros atos a ser tomado pelas empresas autorizadas será obter a Declaração de Utilidade Pública (DUP) da faixa de domínio do projeto, cujo ato é

justificado pelo incremento da eficiência do transporte logístico nacional, por meio da construção de novos trechos ferroviários.

Entretanto, as autorizações são empreendimentos de caráter privado, e, portanto, não precisam fazer parte de um projeto classificado como de interesse público. Segundo o art. 25 da Lei 14.273/2021, para que o projeto seja autorizado basta que haja a intenção de construir o trecho e a ferrovia não apresente incompatibilidade com a política nacional do setor ou apresente motivo técnico-operacional relevante que inviabilize a sua implantação.

Assim, no novo marco legal, o autorizatário, em regime privado, provocará a desapropriação de um imóvel particular a ser pago com recursos próprios por meio da indicação dos trechos onde se pretende implantar a ferrovia.

Dessa forma, dado que a fundamentação da DUP é com base em um interesse público amplo, poderá haver um conflito entre interesses particulares, onde de um lado está o autorizatário com a intenção de construir a ferrovia e do outro o desapropriado sem o direito de explorar a sua terra.

Esse conflito poderá ocasionar litígios no processo e atrasar, ou até mesmo impossibilitar, a desapropriação de todos os bens que serão cortados pela ferrovia, tornando um claro desafio a sua implementação.

Outro desafio acerca da desapropriação se refere à avaliação pelo Poder Público de que os pedidos de autorizações não possuem interesses escusos, de forma a evitar que esse instrumento seja utilizado de forma indevida, privilegiando interesse individuais ou de grupos empresariais.

Dessa forma, criar mecanismos para mitigar conflitos de interesses e evitar que esse instrumento seja utilizado de forma indevida é essencial para o sucesso das autorizações.

Ocorre que, como a desapropriação irá acontecer antes mesmo do início das obras, há o risco de desapropriação de propriedades particulares em nome de entidades privadas para fins de interesse público, sem que tal interesse seja efetivamente caracterizado.

Ademais, considerando que os estudos exigidos pelo poder público, nos termos do art. 25 da Lei 14.273/2021, são simplificados, haverá dificuldade em saber, de antemão, se os pedidos autorizados são viáveis ou não do ponto de vista econômico-financeiro.

Pode ocorrer de trechos inviáveis, tecnicamente e/ou financeiramente, ou que empresas sem condições reais de implantar uma ferrovia se tornem autorizatárias, permitindo o início do processo de desapropriação, uma das formas mais incisivas de intervenção estatal na propriedade privada, seja concedido a um outro ente privado que não tem as mínimas condições de atingir o interesse público para o qual o ato foi emanado, qual seja a construção da ferrovia e a consequente melhoria da logística nacional.

Caso não seja devidamente tratado pelos entes públicos, verifica-se um risco alto de que as desapropriações resultem no que a doutrina chama de adestinação ou, dependendo do caso, se for verificada destinação para outros fins que não a construção de ferrovia, até mesmo a trestinação ilícita. Segundo Oliveira (2022), tais termos podem ser assim definidos:

“(…) Não devem ser confundidos os termos trestinação, desdestinação e adestinação. A trestinação, como já assinalado, é o desvio de finalidade por parte do Poder Público que utiliza o bem desapropriado para atender finalidade ilegítima (ex: venda do bem desapropriado para empresa privada). Quando ilícita, gera direito à retrocessão. Por outro lado, a desdestinação envolve a supressão da afetação do bem desapropriado. Na hipótese, o bem desapropriado é inicialmente afetado ao interesse público, mas, posteriormente, ocorre a desafetação (ex: bem desapropriado é utilizado como escola pública que vem a ser desativada). Nesse caso, não há que falar em retrocessão, pois o bem chegou a ser utilizado na satisfação do interesse público. Por fim, a adestinação significa a ausência de qualquer destinação ao bem desapropriado, revelando hipótese de completa omissão do Poder Público (ex: bem é desapropriado, mas permanece desafetado, na qualidade de bem dominical).”

Quando o bem expropriado não for aplicado à finalidade pública prevista no Decreto de Utilidade Pública que justificou o ato, há o pressuposto da retrocessão para o ex-proprietário. Sobre esse termo, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015) discorre:

“(…) Questão interessante concerne ao seguinte tópico: se o bem expropriado foi aplicado a uma finalidade pública, mas, posteriormente foi dela desligado, persiste ou não o direito do ex-proprietário de ser afrontado para readquiri-lo? Ao nosso ver, tal direito só aparece quando o bem expropriado não foi aplicado a finalidade

de interesse público. Se o foi, nem por isso terá de ficar perpetuamente vinculado a destino de tal ordem, sob pena de exsurgir direito do expropriado a ser afrontado em caso de ulterior desafetação e eventual alienação do bem. É que o pressuposto da retrocessão (seja concebida como mero direito de preferência, seja como direito real) só tem lugar quando o bem foi desapropriado inutilmente. Seu sentido, em inteligência razoável, só pode ser o de infirmar uma inútil perda compulsória da propriedade. Em suma: o propósito aí abrigado não pode ser outro senão o de reverter ou ensejar que revertam situações nas quais a sucessão dos fatos vem a revelar que liminarmente faleciam, ou, então, que não prosperaram as razões justificadoras da desapropriação. Se existiam e se prosperaram não há por que infirmar ou ensejar que se infirme propriedade que o Poder Público validamente construiu e pela qual pagou devidamente a justa indenização ao expropriado. (...)"

Portanto, esses riscos merecem destaque para que se possa evitar imbróglios jurídicos e eventuais prejuízos a propriedades privadas em nome de um suposto interesse público que pode sequer ser viável de ser alcançado.

Nesse sentido, o pior cenário se dará com a realização do processo de desapropriação e o empreendimento não ser implementado, resultando em prejuízos a terceiros e sem o alcance do interesse público almejado.

Recentemente, no âmbito da Audiência Pública 4/2022, a ANTT realizou alterações na minuta do contrato de adesão que será utilizada para as próximas autorizações. Em sua cláusula 10, a Agência elencou novas condições para a promoção de desapropriações:

10. DAS CONDIÇÕES PARA PROMOÇÃO DE DESAPROPRIAÇÕES

10.1. A fase declaratória das desapropriações será promovida nos termos estabelecidos pela ANTT.

10.2. Os custos, os riscos e todos os atos necessários à promoção da fase executória do procedimento de desapropriação serão de responsabilidade integral da AUTORIZATÁRIA.

10.3. Os bens imóveis desapropriados para a implantação ou expansão da Ferrovia serão registrados em nome da AUTORIZATÁRIA, ficando afetados exclusivamente ao serviço de transporte ferroviário ou projetos acessórios ou associados, averbados na matrícula imobiliária.

10.4. Na hipótese de a Autorizatória não destinar o imóvel desapropriado à prestação do serviço de transporte ferroviário, nos prazos a que se obrigou, ou desativar trecho ou área obtidos mediante desapropriação, antes do decurso do termo da autorização, fica obrigada a pagar, a título de cláusula penal, 30% do valor de mercado do imóvel desapropriado, sem prejuízo de se sujeitar a outras medidas legais cabíveis.

10.4.1. O valor de mercado do imóvel desapropriado deve ser aferido na data em que a ANTT reconhecer a não execução do trecho ferroviário.

A principal alteração em relação aos contratos de autorização já assinados é que a Agência instituiu uma cláusula penal que dispõe acerca de uma obrigação de pagamento de 30% do valor de mercado do imóvel para a autorizatória que realizar a desapropriação, porém não der a destinação ao serviço de transporte ferroviário ou desativar o trecho antes do decurso do termo de autorização.

Essa alteração está em linha com o disposto no art. 19 do Decreto 11.245/2022, que prevê que “os contratos de adesão estabelecerão penalidade para a hipótese de não ser dada a destinação do imóvel adquirido por meio de declaração de utilidade pública à prestação do serviço de transporte ferroviário ou projetos acessórios ou associados”.

Entende-se que esse novo dispositivo tende a mitigar parcela do desafio aqui relatado, principalmente quando relacionado a eventuais comportamentos oportunistas de pedidos com interesses escusos.

Quanto ao desafio de se concluir plenamente as desapropriações de áreas privadas em favor dos autorizatórios, verifica-se que tais possíveis imbróglios devem ser resolvidos no âmbito da justiça e a sua pacificação de entendimento poderá se prolongar de forma a prejudicar o instrumento da autorização.

6.1.2. Coexistência dos modelos de concessão e autorização ferroviária

Com o advento das autorizações ferroviárias e a implantação dos primeiros trechos sob esse modelo, passará a existir no Brasil dois regimes de prestação do serviço de transporte ferroviário, o regime de concessão atual e aquelas sob o novo regime de autorização. Este tópico destaca o desafio que será a coexistência entre esses dois modelos bastante distintos no setor ferroviário.

A concessão é um regime com uma maior carga regulatória e com menos liberdade de atuação do privado, já a autorização é um regime pensado para ser menos burocrático, com um processo mais ágil, uma menor carga regulatória e uma maior liberdade de atuação do privado, dado que as responsabilidades são praticamente todas alocadas ao particular.

Assim, é de extrema relevância o estabelecimento prévio de regras de coexistência adequadas entre os dois modelos, sob o risco de favorecer um ou outro modelo regulatório e criar insegurança jurídica no setor, além de conflitos entre os futuros autorizatários e as atuais concessionárias, que não podem prever qual será o impacto do novo regime em seus contratos e operações.

Desse modo, de forma a evitar adversidades na implantação do novo modelo, é essencial que a análise dos pedidos de autorização imposta ao regulador ferroviário pela Lei 14.273/2021 considere questões como, por exemplo, se a autorização de um empreendimento impacta a viabilidade das ferrovias concedidas em operação ou dos projetos ferroviários considerados de interesse público pela política pública do setor, bem como se há consequências negativas para a logística nacional em um empreendimento autorizado que atua na mesma região de influência de outros corredores estratégicos e projetos considerados de relevante interesse nacional.

No caso específico do setor ferroviário, esse obstáculo tem potencial de impacto considerável na viabilidade econômica, pois a infraestrutura ferroviária demanda grandes investimentos e, para amortizar todos os bens reversíveis, as concessões do setor costumam ter prazos longos de duração.

Uma alteração nas premissas de uma ferrovia concedida, por conta de uma concorrência com outra ferrovia autorizada, afetam sobremaneira a estabilidade econômico-financeira desse empreendimento, podendo até prejudicar o ambiente competitivo no setor.

O recente Decreto 11.245/2022, já prevendo a possibilidade de pedidos de reequilíbrio pelas concessionárias ferroviárias atuais, assim dispôs em seu art.35:

Art. 35. A concessionária ferroviária poderá requerer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, nos termos do contrato de concessão, quando provar que houve desequilíbrio decorrente da outorga de autorização na hipótese prevista no inciso I do § 1º do art. 64 da Lei nº 14.273, de 2021.

Parágrafo único. Nos termos da legislação e do contrato de concessão, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de que trata o caput poderá ocorrer por:

- I - redução do valor de outorga;
- II - aumento do teto tarifário;
- III - supressão da obrigação de investimentos;
- IV - adaptação do contrato;
- V - ampliação de prazo contratual; e
- VI - indenização.

Dessa forma, a coexistência entre os dois regimes demandará uma avaliação pelo Poder Público acerca da viabilidade e dos ajustes necessários para a convivência entre os dois empreendimentos, além de demonstrar a existência do interesse público em outorgar as autorizações em regiões onde já existe uma concessão ferroviária em operação.

Caso seja viável e adequada a coexistência entre os dois regimes, importante a regulação de coexistência entre os modelos regulatórios que passarão a vigor, visando mitigar concorrências assimétricas diante de regras diferentes para cada regime.

Caso essa avaliação não seja feita, o risco é a ocorrência de pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro das concessionárias existentes, sendo capaz de resultar em um custo maior do que eventuais benefícios estimados com as outorgas de autorizações ferroviárias, comprometendo a vantajosidade do novo modelo, o ambiente competitivo do setor e o interesse público.

De forma a mitigar o desafio de assimetria regulatória entre os dois modelos no caso de ferrovias concorrentes, o art. 64 da Lei 14.273/2021 possibilita a adaptação dos contratos de concessão para o de autorização, nos seguintes termos:

Art. 64. A concessionária ferroviária federal com contrato vigente na data de promulgação desta Lei poderá requerer a adaptação de seu contrato, de concessão para o de autorização.

§ 1º A adaptação referida no caput deste artigo pode ocorrer quando uma nova ferrovia construída a partir de autorização ferroviária federal entrar em operação, caso a autorização tenha sido outorgada à pessoa jurídica:

- I - concorrente, de forma a caracterizar a operação ferroviária em mercado logístico competitivo; ou

II - integrante do mesmo grupo econômico da concessionária, definido nos termos do § 3º deste artigo, de forma a expandir a extensão ou a capacidade ferroviária, no mesmo mercado relevante, em percentual não inferior a 50% (cinquenta por cento).

§ 2º Cabe ao poder concedente a decisão pela adaptação do contrato referida no caput deste artigo, cujo parâmetro deve ser a busca pela eficiência econômica, ouvidos os órgãos de defesa da concorrência e de planejamento setorial pertinentes.

§ 3º Para fins da adaptação referida no § 1º deste artigo, consideram-se integrantes do mesmo grupo econômico da atual operadora ferroviária as empresas coligadas, controladas ou controladoras, nos termos dos §§ 1º, 2º, 4º e 5º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

§ 4º Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, a possibilidade de adaptação fica restrita aos trechos em que haja efetiva contestabilidade, a ser aferida por meio de análise de mercado relevante, ouvido o órgão de que trata o art. 19 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

§ 5º A adaptação referida no caput deste artigo está, ainda, condicionada ao atendimento das seguintes exigências por parte do outorgado:

I - inexistência de multas ou encargos setoriais não pagos à União;

II - manutenção, no contrato de autorização, das obrigações financeiras perante a União e das obrigações de eventuais investimentos estabelecidos em contrato de concessão, inclusive os compromissos de investimentos em malha de interesse da administração pública, além das obrigações de transporte já celebradas com os demais usuários do sistema;

III - prestação de serviço adequado, conforme definido no inciso II do § 2º do art. 6º da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, utilizando-se a referida contagem a partir do requerimento de adaptação;

IV - manutenção do serviço de transporte de passageiros no novo contrato de autorização, na hipótese de a concessionária requerente já operar linha regular de transporte de passageiros.

§ 6º A adaptação inclui o direito de uso, pela autorizatária, de todos os ativos de propriedade da União anteriormente vinculados ao contrato de concessão que sejam essenciais à sua operação.

§ 7º O prazo do contrato de autorização adaptado deve ser o mesmo da concessão, incluído o prazo da prorrogação do contrato de parceria de que trata a Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, quando houver.

§ 8º É facultada a prorrogação do prazo da autorização originária da adaptação, uma única vez, caso ainda não tenha havido nos termos da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, mediante pagamento pela extensão contratual, nos termos do regulamento.

§ 9º Os bens móveis afetos ao contrato de que trata o caput deste artigo devem ser disciplinados nos termos do § 5º do art. 25 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017.

Portanto, a legislação prevê a possibilidade de transformação de concessões ferroviárias em autorização nos casos em que a implantação da ferrovia autorizada impactar a operação existente da concessionária.

Assim, soma-se à necessidade de regulamentar e regular os modelos que passarão a conviver, outro desafio que ocorrerá na conversão dos contratos de concessão para autorização e os empecilhos jurídicos e entraves normativos que esse processo poderá envolver, dada a complexidade desses contratos de concessão, principalmente os recém renovados de forma antecipada, que possuem ajustes mais robustos, com investimentos obrigatórios, metas de desempenho e previsão do pagamento pela outorga concedida.

Dessa forma, o desafio do Poder Público é evitar o surgimento de um desequilíbrio regulatório entre as autorizatárias e as concessionárias, bem como criar mecanismos adequados para os casos de conversão de contratos de concessão para autorização, de forma que os dois modelos possam coexistir e contribuir para o desenvolvimento do setor ferroviário.

6.1.3. Critérios de desempate em trechos coincidentes

Considerando que pode haver pedidos de autorização ferroviárias para trechos coincidentes, há a necessidade de o Poder Público estipular critérios de desempate para os pedidos. Avalia-se nesse tópico os critérios estipulados no Novo Marco Legal das Ferrovias e o seu alinhamento com o interesse público de incremento da eficiência da logística nacional.

Conforme consta na Lei 14.273/2021, em seu § 4º, art. 8º, não há óbice para que mais de uma autorização seja fornecida para a mesma região ou até o mesmo trecho:

§ 4º A outorga de determinada ferrovia não implica a preclusão da possibilidade de outorga de outras ferrovias, ainda que compartilhem os mesmos pares de origem e destino ou a mesma região geográfica.

Ainda segundo a mesma Lei, § 4º do art. 25, no caso de solicitação de autorização em trechos onde já existam ferrovia implantadas ou outorgadas, cabe ao regulador ferroviário realizar a avaliação da viabilidade locacional do requerimento.

No § 6º do art. 25, o Novo Marco Legal Ferroviário deixa bem claro que, desde que cumpridas as exigências legais, “nenhuma autorização deve ser negada, exceto por incompatibilidade com a política nacional de transporte ferroviário ou por motivo técnico-operacional relevante, devidamente justificado”.

Dessa forma, com exceção das duas hipóteses elencadas no parágrafo anterior, não há motivos para que uma outorga de autorização seja negada e, portanto, autorizações distintas podem ser concedidas até para projetos ferroviários coincidentes.

Dentre os pedidos de autorização já registrados, há casos de trechos para a mesma região de influência ou até mesmo coincidentes. O trecho mais emblemático, é o localizado entre os municípios de Água Boa e Lucas do Rio Verde, ambos em Mato Grosso, onde três empresas pediram autorização para a construção e operação da ferrovia.

Duas delas, Rumo S.A. e VLI Multimodal, já tiveram a autorização concedida, pois solicitaram ainda no período de vigência da MP 1.065/2021, quanto à empresa Rail-In Engenharia Eirelli, aguarda posicionamento do Poder Concedente.

Não é possível saber se as três empresas possuem interesse em efetivamente implantar o empreendimento solicitado, desembolsando bilhões de reais, ou se possuem interesses distintos e solicitaram os pedidos para especular ou apenas para tumultuar o processo de autorização.

Sabendo que as empresas Rumo S.A. e VLI Multimodal possuem outros empreendimentos na área de influência da região produtiva de Mato Grosso, os pleitos de ambas as empresas podem ter sido uma estratégia para captar mais cargas para as suas ferrovias ou foram realizados simplesmente para evitar que empresas concorrentes iniciem novos empreendimentos nesses locais, impactando negativamente os seus negócios atuais.

Recorda-se que as obras de implantação de um empreendimento ferroviário possuem custos elevados de implantação e, devido às suas características, para que se ponha em prática a implantação de um projeto ferroviário o autorizatário terá que dispor de elevados investimentos iniciais: desapropriações em diversas propriedades, por serem obras lineares e, usualmente, de grande extensão; obras de infraestrutura e superestrutura complexas e com alto custo de implantação, tendo em vista principalmente as limitações operacionais de traçado que impõe um alto volume de terraplanagem; além de obras de arte especiais e material rodante, que exigirão das autorizatárias um alto capital inicial para operacionalizar uma ferrovia.

As ferrovias possuem uma característica de monopólio natural, que segundo Nusdeo (2008) pode ser assim conceituado:

(...) corresponde na maioria das vezes a uma atividade na qual os custos de produção fixos, representados sobretudo pela maquinaria, instalações e base territorial são desproporcionalmente elevados em relação aos custos variáveis, correspondentes principalmente a matérias-primas, energia e mão de obra. [...] Seriam, pois, as próprias condições estruturais-tecnológicas desses setores a impedirem a sua organização em regime de concorrência.

Acrescenta-se ainda o conceito de monopólio natural dado por Justen Filho (2004): “situação econômica em que a duplicação de operadores é incapaz de gerar a redução do custo da utilidade” e a trazida por Schmalensee (1988): “uma indústria ou atividade é dita como monopólio natural se a produção for mais eficiente se feita por apenas uma firma individual ou entidade”.

Assim, entende-se que duas ferrovias coincidentes ou que compartilhem os mesmos pares de origem e destino ou a mesma região geográfica dificilmente irão se concretizar, pois tendem conjuntamente a não ser financeiramente viáveis, em função, principalmente, do fato de serem monopólios naturais. Em outras palavras, duas autorizações solicitadas que possuem essas características tendem a não se viabilizarem.

Dito isso, uma das dificuldades é que há uma grande probabilidade de ocorrer falta de ação por parte dos requerentes, haja vista o grande risco concorrencial envolvido em se iniciar um empreendimento complexo e com grande exigência de capital sem uma perspectiva razoável de retorno financeiro, resultando na não

implantação de nenhum empreendimento e do não alcance do interesse público de incrementar a eficiência do setor de transportes ferroviários.

Outra adversidade é que, aproveitando-se dessa situação, podem ocorrer pedidos de autorização especulativos, nos quais o objetivo do requerente é prejudicar a implantação de um novo trecho ferroviário de interesse de um privado concorrente do seu negócio ou especular em cima de um trecho no qual vislumbra como uma oportunidade futura. Com esse tipo de pedido, o requerente pode inviabilizar a implantação de um trecho com impactos diretos ou indiretos no seu negócio por um concorrente. Além disso, caso esse cenário ocorra, o Novo Marco Legal não prevê nenhuma consequência para o requerente que estiver agindo dessa forma.

No caso específico relatado acima, referente ao trecho entre Água Boa/MT e Lucas do Rio Verde/MT, é possível questionar se as três empresas possuem real interesse em efetivamente implantar o empreendimento solicitado ou se possuem interesses distintos e solicitaram apenas para, de alguma forma, tumultuar o processo e evitar consequências negativas para os seus empreendimentos atualmente existentes.

Há que se destacar que, em casos excepcionais, pode haver dois trechos atuando na mesma região que sejam viáveis economicamente falando, porém se trata de uma situação improvável de ocorrer no setor ferroviário.

Portanto, entende-se salutar a criação de critérios que considerem elementos econômico-financeiros, o alinhamento com as políticas públicas vigentes e os conflitos entre empresas solicitantes concorrentes, de forma a permitir uma análise mais robusta pelo Poder Concedente, que seja possível selecionar apenas o projeto mais consistente e eficiente dentre os requeridos para o caso de ferrovias que atuam na mesma região, evitando-se assim um comportamento predatório entre os requerentes de autorizações ferroviárias, situação na qual a grande probabilidade é que nenhuma ferrovia saia do papel.

Em outros setores de transporte em que a autorização já é uma realidade, a exemplo do setor portuário, há uma exigência de realização de processo seletivo público com definição de critérios objetivos para todos os pedidos, com exceção de quando houver possibilidade de implantação concomitante dos pedidos ou quando houver apenas um interessado.

Em relação aos critérios de julgamento do processo, a Resolução 71/2022 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), que estabelece os

procedimentos para autorização de construção e exploração de terminal de uso privado, de estação de transbordo de carga, de instalação portuária pública de pequeno porte e de instalação portuária de turismo, assim dispõe:

Do Critério de Julgamento

Art. 21. O Processo Seletivo Público adotará como critério de julgamento das propostas técnicas, de forma isolada ou combinada:

I - a maior capacidade de movimentação;

II - o menor preço;

III - o menor tempo de movimentação de carga; e

IV - outro critério estabelecido no instrumento convocatório.

Verifica-se assim que essa seleção de projetos mais consistentes já é adotada no setor portuário e, diante dos potenciais efeitos adversos que a ausência de seleção de projetos de autorização ferroviária na mesma região de influência podem ocasionar na logística nacional, conclui-se pela necessidade de se desenvolver critérios de seleção de projetos adequados para o desenvolvimento saudável do setor ferroviário por meio das autorizações.

Destaca-se que o fato de, inicialmente, não existir qualquer critério de desempate para pedidos em trechos coincidentes era um desafio relevante quando da publicação da Lei 14.273/2021, entretanto, a Resolução 5.987/2022, posteriormente elaborada pela ANTT buscou tratar os pedidos de autorização com sobreposição da faixa de domínio, estipulando critérios de desempate:

Art. 8º Caso seja apresentado requerimento de autorização ferroviária que se sobreponha à faixa de domínio de outra ferrovia já requerida, mas ainda pendente de outorga, serão adotados os seguintes passos:

I - será solicitada a apresentação, pelas requerentes mais recentes, em até 60 (sessenta) dias, prorrogáveis, uma única vez, por igual período, de solução técnica alternativa que possibilite a implantação de ambos os empreendimentos;

II - não havendo resposta no prazo previsto no caput ou se a resposta apresentada não possibilitar a implantação de ambos os empreendimentos, será solicitada a apresentação pela requerente mais antiga, em até 60 (sessenta) dias,

prorrogáveis, uma única vez, por igual período, de solução técnica alternativa que possibilite a implantação dos empreendimentos;

III - não havendo resposta no prazo previsto no inciso II ou se a resposta apresentada não possibilitar a implantação de ambos os empreendimentos, será solicitada a apresentação pelas requerentes, em até 60 (sessenta) dias, prorrogáveis, uma única vez, por igual período, dos estudos de traçado;

IV - a requerente que não tiver apresentado os estudos de traçado, nos termos do inciso III, terá o processo de requerimento de autorização arquivado, caso outra requerente tenha apresentado;

V - caso mais de uma ou nenhuma requerente tenha apresentado os estudos de traçado, nos termos do inciso III, mantida a sobreposição, a ANTT decidirá qual delas terá preferência na outorga de autorização, utilizando-se como critério de seleção a maior oferta de pagamento pela outorga;

VI - para os fins do inciso V, será solicitada a apresentação pelas requerentes, em até 15 (quinze) dias, improrrogáveis, da oferta de pagamento pela outorga, para avaliação da ANTT; e

VII - caso nenhuma requerente apresente oferta de pagamento pela outorga nos termos do inciso VI, os processos de requerimento serão arquivados.

§ 1º A ANTT avaliará se os estudos de traçado foram elaborados em harmonia com as normas técnicas aplicáveis.

§ 2º Os estudos de traçado que estiverem em desacordo com as normas de que trata o § 1º serão indeferidos.

§ 3º O pagamento pela outorga deverá ser realizado, de forma integral, no ato de assinatura do contrato de adesão a ser firmado com a ANTT.

Nota-se que as cláusulas dispostas no art. 8º da referida resolução são um avanço no tratamento do desafio relatado neste tópico, garantindo mais transparência e segurança ao processo. Nota-se que nos requerimentos realizados durante a vigência da Medida Provisória 1.065/2021, nenhuma avaliação nesse sentido foi feita para os 27 primeiros autorizados.

Percebe-se também que a Agência se esforça para endereçar a viabilidade de todos os pedidos de autorização, pois há a previsão de sucessivas solicitações de

estudos às requerentes de forma a comprovar efetivamente a incompatibilidade dos traçados antes de ter que decidir por apenas um dos pedidos, pelo critério final de seleção com a oferta de maior valor de outorga.

Aparentemente, o objetivo da Agência com esse procedimento também é identificar os projetos mais avançados em termos de estudos já realizados ou captar a intenção das requerentes em promover o investimento necessário para a realização dos estudos, afastando assim eventuais requerimentos com viés especulativo.

Em que pese o reconhecimento do avanço com a definição desses critérios, deve-se considerar que o art. 8º da resolução é bem claro ao estipular que esses parâmetros só serão válidos para pedidos de autorização ainda pendentes de outorga, ou seja, não há previsão dos pedidos coincidentes já concedidos no âmbito da MP seguirem esses critérios, ademais, não há definição clara para os casos em que os pedidos estão na mesma área de influência de ferrovias existentes no regime de concessão ou com autorização já outorgada, apenas a indicação de que a Agência irá avaliar a viabilidade locacional da ferrovia requerida.

Apesar de ter a sua peculiaridade, principalmente por se tratar de outro modal, comparando os critérios adotados no setor portuário, por meio da Resolução Antaq 71/2022, é possível observar uma maior valorização das características do projeto como critério de desempate, como por exemplo, a capacidade de movimentação e o tempo de movimentação de carga.

Já no critério adotado pela Resolução ANTT 5.987/2022, há apenas uma opção, a maior oferta de pagamento de outorga, deixando de lado características do projeto que poderiam ser relevantes para a seleção do melhor pedido de autorização de acordo com a convergência com o interesse público.

Destaca-se que a definição de critérios objetivos não é um problema trivial de ser solucionado, entretanto, parâmetros relacionados à qualidade do projeto proposto poderiam ser considerados como critério de desempate.

Assim, características que impactam na operação e são capazes de maximizar o interesse público pretendido com a autorização do projeto proposto poderiam ser avaliadas.

A extensão da ferrovia, o número de pátios de carregamento e o compromisso de compartilhamento da infraestrutura ferroviária e de recursos operacionais com terceiros, por exemplo, são características que podem resultar em um maior número de usuários na via, em uma maior movimentação de carga, uma menor tarifa de

transporte e, conseqüentemente, representar um alinhamento maior com o interesse público de aumentar a eficiência da cadeia logística nacional.

Assim, apesar dos avanços, é possível concluir que as definições acerca do critério de desempate em trechos coincidentes ainda é um desafio para o sucesso do novo modelo de autorizações ferroviárias.

6.1.4. Alinhamento das autorizações ferroviárias com a política pública nacional do setor de transportes

Considerando a existência de trechos ferroviários que podem afetar a política pública de transportes brasileira vigente, avalia-se nesse tópico, a necessidade de se verificar o alinhamento dos novos empreendimentos às políticas públicas, assim como a possibilidade de se recusar o pleito.

De acordo com Schmidt (2019), há várias definições de políticas públicas:

O termo política pública é utilizado com significados distintos, oscilando entre um significado bem abrangente (tudo o que o governo decide fazer ou não fazer) e um significado restrito (um programa de ação). Entre as definições mais conhecidas, na síntese de Meny e Toenig (1992), Souza (2006), Fernández (2006), Parsons (2007), Howllet, Ramesh e Perl (2013), estão as seguintes:

- Thomas Dye: “política pública é tudo aquilo que os governos decidem fazer ou não fazer”.
- B. Guy Peters: “política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos”.
- Yves Meny e Jean-Claude Toenig: “uma política pública é o resultado da atividade de uma autoridade investida de poder público e de legitimidade governamental”.
- William Jenkins: “um conjunto de decisões inter-relacionadas tomadas por um ator ou grupo de atores políticos, e que dizem respeito à seleção de objetivos e dos meios necessários para alcançá-los”.
- Hugh Hecló: “uma política é o curso de uma ação ou inação (não-ação), mais do que ações ou decisões específicas”.

Segundo Souza (2006), não existe uma única, nem melhor, definição sobre política pública, mas resume o conceito do termo da seguinte forma:

Pode-se, então, resumir política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, "colocar o governo em ação" e/ou analisar essa ação

(variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real.

Dessa forma, as políticas públicas são planejadas pelos governos para direcionar suas ações de forma a resultar no maior impacto positivo para a sociedade. Em se tratando de infraestrutura e logística, por serem projetos de longo prazo que impactam parcela relevante da sociedade, indispensável que a administração pública, a partir de um objetivo, trace as diretrizes de quais empreendimentos e/ou programas são prioritários para alcançá-lo.

No caso da logística nacional e do setor de transporte ferroviário, as políticas são de responsabilidade do Ministério da Infraestrutura (MInfra), conforme art. 35 da Lei 13.884/2019:

Art. 35. Constituem áreas de competência do Ministério da Infraestrutura:

I - política nacional de transportes ferroviário, rodoviário, aquaviário, aeroportuário e aeroviário;

(...)

VI - participação no planejamento estratégico, no estabelecimento de diretrizes para sua implementação e na definição das prioridades dos programas de investimentos em transportes;

(...)

Parágrafo único. As competências atribuídas ao Ministério da Infraestrutura no caput deste artigo compreendem:

I - a formulação, a coordenação e a supervisão das políticas nacionais;

(...)

IV - a elaboração de estudos e projeções relativos aos assuntos de aviação civil e de infraestruturas aeroportuária e de aeronáutica civil e relativos à logística do transporte aéreo e do transporte intermodal e multimodal, ao longo de eixos e fluxos de produção, em articulação com os demais órgãos governamentais competentes, observadas as exigências de mobilidade urbana e de acessibilidade;

V - a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação, de supressão vegetal ou de instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à construção, à manutenção e à expansão da infraestrutura em transportes, na forma prevista em

Dessa forma, de acordo com a legislação vigente, toda a logística nacional, incluindo o setor ferroviário, está sob a alçada do MInfra, sendo possível concluir que a definição de trechos prioritários de cada modal, para que haja um melhor aproveitamento e integração da logística nacional, é de sua responsabilidade.

Existem políticas públicas de transportes, incluindo as relacionadas ao transporte ferroviário, dispersas em diversos normativos, como por exemplo: a Política Nacional de Transporte (PNT) e outros planejamentos estratégicos no âmbito do Ministério da Infraestrutura, entretanto, o principal norteador das ações para o setor é o Planejamento Integrado de Transportes (PIT) que converge no Planejamento Nacional de Logística (PNL) e seus respectivos planos setoriais.

Publicada no dia 24/08/2020, a Portaria 123 do Ministério da Infraestrutura instituiu o Planejamento Integrado de Transportes (PIT), que contempla os subsistemas federais rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroviário, e as ligações viárias e logísticas entre esses subsistemas e desses com os sistemas de viação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Por sua vez, o Plano Nacional de Logística (PNL), que também segue a regulamentação da Portaria 123/2022, consiste na etapa estratégica do ciclo do PIT. Segundo informações disponíveis no sítio eletrônico da Empresa de Planejamento e Logística (EPL), atual Infra S.A., responsável pela elaboração desse plano:

O Plano Nacional de Logística (PNL) é um dos principais instrumentos que o Poder Público dispõe para planejar, no longo prazo, a infraestrutura de transportes brasileira. O PNL identifica e propõe, com base no diagnóstico atual, soluções que contribuam para o desenvolvimento brasileiro. O objetivo é indicar empreendimentos que propiciem a redução dos custos, melhorar o nível de serviço para os usuários, buscar o equilíbrio da matriz, aumentar a eficiência dos modos utilizados para a movimentação das cargas e diminuir a emissão de poluentes.

O PNL busca apresentar as definições estratégicas do planejamento de transporte e servir como diretriz para a elaboração dos denominados Planos Táticos

(Plano Setorial Terrestre, Plano Setorial Portuário, Plano Setorial Hidroviário e Plano Aeroviário Nacional). Esses planos setoriais, de acordo com o art. 5º da Portaria do MInfra 123/2020, farão a conexão entre o PNL e as ações do Ministério da Infraestrutura, indicando as iniciativas que deverão ser estudadas em detalhe, seja para execução com recursos públicos ou por meio de parceria com a iniciativa privada.

Com base nas estruturas elencadas do PIT, pode-se constatar que as ações do MInfra em relação ao planejamento de transportes são regidas por esse plano, de forma a se tornar o referencial de planejamento para a identificação de necessidades e oportunidades - presentes e futuras - e embasar as suas decisões de políticas públicas relacionadas à logística nacional, que inclui o transporte ferroviário.

Nesse sentido, de forma a compatibilizar as novas autorizações com a política pública vigente, o art. 25, § 3º, inciso I da Lei 14.273/2021 determina que seja feita uma análise de convergência pelo regulador ferroviário (ANTT) do objeto do requerimento com a política pública do setor para cada pedido de autorização:

Art. 25. O interessado em obter a autorização para a exploração de novas ferrovias, novos pátios e demais instalações acessórias pode requerê-la diretamente ao regulador ferroviário, a qualquer tempo, na forma da regulamentação.

(...)

§ 3º Conhecido o requerimento de autorização de que trata o caput deste artigo, o regulador ferroviário deve:

I - analisar a convergência do objeto do requerimento com a política pública do setor ferroviário;

II - elaborar e publicar o extrato do requerimento, inclusive na internet;

III - analisar a documentação, os projetos e os estudos que o compõem e deliberar sobre a outorga da autorização;

IV - publicar o resultado motivado da deliberação e, em caso de deferimento, o extrato do contrato.

§ 4º O regulador ferroviário deve avaliar a viabilidade locacional do requerimento com as demais ferrovias implantadas ou outorgadas.

§ 5º Verificada alguma incompatibilidade locacional, o requerente deve apresentar solução técnica adequada para o conflito identificado.

§ 6º Cumpridas as exigências legais, nenhuma autorização deve ser negada, exceto por incompatibilidade com a política nacional de transporte ferroviário ou por motivo técnico-operacional relevante, devidamente justificado. (grifado)

Assim, é possível concluir que, no caso específico das autorizações ferroviárias, a avaliação de cada pedido de autorização pelo regulador ferroviário deve considerar os aspectos dispostos no Plano Nacional de Logística e nos seus respectivos Planos Setoriais, de forma a garantir que a implantação da infraestrutura pretendida por meio da autorização seja coerente com as políticas públicas do setor, onde constam os princípios, diretrizes e objetivos que norteiam o interesse público do setor.

São dezenas de novos projetos que têm o potencial de impactar o planejamento logístico do país, desenhados para o atendimento do interesse público, influenciando não só o próprio setor ferroviário como outros setores, especialmente o rodoviário. Portanto, para cada empreendimento a ser autorizado, mostra-se necessário analisar, em relação às políticas públicas setoriais, os benefícios gerados e os eventuais prejuízos decorrentes de sua instalação.

Há de se mencionar, que, inicialmente, nos pedidos embasados pela Medida Provisória (MP) 1.065/2021, o contrato de adesão era feito junto ao MInfra, responsável por receber as propostas, analisar e emitir as autorizações, e cabia à ANTT apenas avaliar a compatibilidade locacional da ferrovia requerida com as demais infraestruturas implantadas ou outorgadas, de modo a subsidiar a pasta ministerial sobre o requerimento de autorização.

Após a perda da validade da referida MP e com a sanção da Lei 14.273/2021, as principais atribuições relacionadas à concessão da autorização foram atribuídas diretamente ao regulador ferroviário, a Agência Nacional de Transportes Terrestres.

Para que o novo modelo resulte em um efetivo incremento da eficiência logística nacional é essencial que as análises de pedidos de autorização sejam realizadas de forma a verificar a compatibilidade dos novos empreendimentos com o interesse público representado pelo PNL com as suas diretrizes e indicação de empreendimentos prioritários.

Tais análises com base nas diretrizes do PNL devem buscar uma harmonização com o sistema logístico vigente e com as ferrovias em operação, sob o risco de prejudicar, ou até mesmo inviabilizar, projetos de interesse nacional. Um juízo acerca dos pedidos de autorização precisa equalizar os benefícios das autorizações com eventuais problemas que podem ser causados no sistema logístico atual e, especialmente, em ferrovias existentes estruturantes para o país.

Assim, mesmo que um trecho ferroviário, objeto de pedido de autorização, seja economicamente viável e tenha agente privado interessado em implementá-lo, deve-se avaliar em que medida ele impacta os projetos de interesse nacional, que foram planejados com o foco na redução do custo total da logística nacional, na melhoria do desenvolvimento regional, na redução de impactos ambientais e no alívio de gargalos existentes em outros modais complementares, como, por exemplo, os portos que escoam as cargas ferroviárias.

Nos casos em que o trecho de autorização em análise comprometer um projeto de alta relevância com impacto significativo nesses objetivos de relevância para o país, a avaliação do ente público deverá promover a rejeição do requerimento, visto que, segundo o § 6º do art. 25 da Lei 14.273/2021, a incompatibilidade com a política nacional de transporte ferroviária é justificativa para a negativa da outorga de autorização.

Destaca-se que o pedido de autorização parte de um ente privado que, a princípio, não tem o interesse público como uma de suas diretrizes.

A necessidade em se observar o alinhamento à política pública setorial se torna ainda mais relevante quando se trata de um trecho extenso, tendo em vista o maior potencial de impactos ambientais, urbanísticos e concorrenciais. Nota-se, a partir da lista de trechos autorizados (Quadro 1), a existência de diversos trechos que ultrapassam os 500km de extensão. Assim, quanto maior for a extensão da ferrovia, maior o potencial de impacto no planejamento setorial.

Por outro lado, trechos menores, como pequenos ramais ou *shortlines* constituídas a partir da devolução de trechos concedidos, tendem a apresentar baixo impacto negativo na política pública setorial. Estes tipos de ferrovias geralmente servem para escoar a produção de fábricas ou áreas rurais e se conectam a uma ferrovia principal, agregando carga, rotas e possibilidades às ferrovias de grande porte ou linhas troncos.

Recentemente, por meio da Resolução ANTT 5.987/2022, de 1º de setembro de 2022, que disciplina o processo administrativo de requerimento para exploração de novas ferrovias, novos pátios ferroviários e demais instalações acessórias mediante outorga por autorização, a Agência reforçou que irá avaliar a convergência do objeto do requerimento com a política pública do setor ferroviário, podendo solicitar apoio ao MInfra para dirimir as dúvidas acerca da política pública, de forma a subsidiar a deliberação sobre a outorga pretendida:

Art. 6º Verificada a apresentação de todos os documentos elencados no art. 5º, a ANTT deve:

(...)

III - avaliar a convergência do objeto do requerimento com a política pública do setor ferroviário; e

(...)

§ 2º A ANTT poderá solicitar apoio ao Ministério da Infraestrutura para dirimir dúvidas acerca da política pública do setor ferroviário, de modo a subsidiar a deliberação sobre a outorga de autorização.

No mesmo sentido, o art. 27 do Decreto 11.245/2022, que regulamentou a Lei 14.273/2021, dispõe que o MInfra poderá estabelecer diretrizes específicas para a avaliação da compatibilidade:

Art. 27. O Ministério da Infraestrutura poderá estabelecer diretrizes específicas para a avaliação de compatibilidade entre o requerimento de autorização e a política nacional de transporte ferroviário.

Dessa forma, é possível concluir que um dos desafios a serem enfrentados, principalmente nos empreendimentos mais extensos, será viabilizar a implantação da autorização pretendida de forma a não impactar negativamente as políticas públicas vigentes relacionadas ao setor e à logística nacional, visto que o seu desalinhamento ao interesse público poderá inviabilizar a emissão da autorização e a sua efetiva implementação.

7. Conclusões

Este trabalho buscou descrever as principais características do novo modelo de exploração de ferrovias no Brasil, criado pela Lei 14.273/2021, e apresentou alguns dos desafios que ele deverá enfrentar para uma implantação que atenda aos interesses do privado e que seja capaz de incrementar a participação do modal ferroviário na matriz de transporte brasileira de forma a contribuir para a eficiência logística nacional.

Com base nos temas levantados nas contribuições realizadas por representantes, entidades, especialistas e usuários do setor ferroviário no âmbito das Audiências Públicas 4/2022 e 5/2022, que trataram da regulamentação das autorizações ferroviárias, elencou-se os principais desafios que, na visão do autor, podem impactar a implantação do novo modelo.

O primeiro desafio abordado foi o relacionado ao processo de desapropriação que as ferrovias autorizadas irão enfrentar, uma das formas mais incisivas de intervenção estatal na propriedade privada pode ser viabilizada pelo Poder Público para implantação da ferrovia autorizada, por meio da emissão da Declaração de Utilidade Pública, sem que exista uma análise prévia pelo Poder Público que conclua que o empreendimento atende aos interesses públicos da sociedade e que a ferrovia é viável e tem condições técnicas e econômicas de ser implementada.

Nos casos em que a compatibilidade com as políticas públicas e a viabilidade do empreendimento não forem adequadamente analisadas pelo Poder Público, a desapropriação de áreas privadas pode ocorrer com base apenas nas informações prestadas pelo requerente, sem que a ferrovia seja efetivamente implantada e o interesse público almejado não seja alcançado.

O segundo desafio descreveu possíveis problemas na coexistência dos modelos de concessão e autorização ferroviária, destacou que com o advento das autorizações ferroviárias e a implantação dos primeiros trechos sob esse modelo, passará a existir no Brasil dois regimes de prestação do serviço de transporte ferroviário, o regime de concessão atual e aquelas sob o novo regime de autorização.

Assim, se torna essencial o estabelecimento de regras de coexistência entre os dois modelos, sob o risco de criar regras mais brandas para um deles e originar

insegurança jurídica no setor aos interessados em entrar no setor por meio das autorizações e às atuais concessionárias.

Em seguida, o desafio tratado explanou que os critérios adotados para desempate de requerimentos de trechos ferroviários coincidentes não estão alinhados com o interesse público de incremento da eficiência da logística nacional. Características que impactam na operação e são capazes de maximizar o interesse público pretendido com a autorização do projeto proposto não foram consideradas como critério de desempate.

Criar critérios, que considerem elementos econômico-financeiros e os conflitos entre empresas solicitantes concorrentes, de forma a permitir uma análise mais robusta pelo Poder Concedente, com o objetivo de selecionar apenas o projeto mais consistente e eficiente dentre os requeridos para o caso de ferrovias que atuam na mesma região, evitando-se assim um comportamento predatório entre os requerentes de autorizações ferroviárias, poderá reduzir os riscos na utilização da autorização ferroviária.

Por fim, o último desafio, alinhamento das autorizações ferroviárias com a política pública nacional do setor de transportes, verificou que os requerimentos de autorização devem observar a compatibilidade dos empreendimentos pretendidos com o interesse público representado pelas políticas públicas setoriais relacionadas à logística nacional. Assim, mesmo que um trecho ferroviário, objeto de pedido de autorização, seja economicamente viável e tenha agente privado interessado em implementá-lo, deve-se avaliar em que medida ele impacta os projetos de interesse nacional, que foram planejados com o foco na redução do custo total da logística nacional, na melhoria do desenvolvimento regional, na redução de impactos ambientais e no alívio de gargalos existentes em outros modais complementares.

Portanto, deve-se viabilizar a implantação da autorização pretendida de forma a não impactar negativamente as políticas públicas vigentes relacionadas ao setor e à logística nacional, visto que o seu desalinhamento ao interesse público poderá inviabilizar a emissão da autorização e a sua efetiva implementação, conforme disposto na Lei 14.273/2021.

Antes de concluir, porém, a partir dos requerimentos apresentados pelas autorizatárias, conforme Quadro 1, é possível observar que há uma grande discrepância entre as características das ferrovias que se pretende construir. Há trechos solicitados com mais de 1.000km e trechos com apenas 7km, entretanto, as

regras dispostas no Novo Marco Legal das Ferrovias são as mesmas para todos os requerimentos.

É possível concluir que quanto maior a extensão do trecho ferroviário maior tende a ser: a dificuldade na realização de desapropriações, tendo em vista o maior número de propriedades a serem submetidas a esse processo; o nível de profundidade a ser exigido dos estudos técnicos da ferrovia, tanto do ponto de vista da engenharia envolvida quanto dos potenciais impactos ambientais e urbanísticos a serem solucionados, por conta da grande quantidade de área demandada pela obra; e, principalmente, o potencial impacto nas políticas públicas relacionadas à logística nacional, devido a amplitude da região de influência desses trechos, demandando uma aprofundada análise pelo Poder Público visando evitar que trechos que comprometam o interesse público, representado por essas políticas, sejam autorizados.

Assim, constata-se que o arcabouço jurídico normativo que está sendo moldado para a adoção do instrumento de autorização ferroviária está mais adequado para trechos menores, como ramais e *shortlines*, que visam, principalmente, escoar a produção de fábricas ou áreas rurais e se conectar a uma linha tronco ou ferrovia de grande porte.

Trechos mais extensos, apesar da evolução normativa, irão demandar um processo mais rigoroso para evitar que problemas como os relatados neste trabalho sejam empecilhos para a sua efetiva implantação.

Dessa forma, em que pese a grande quantidade de benefícios esperados a partir da adoção desse instrumento, como redução da carga regulatória, agilidade e simplicidade do modelo, liberdade prevista para o autorizatário e chamamento público para reativação de trechos ociosos, há uma série de desafios que, caso não sejam observados, podem prejudicar o sucesso desse instrumento e comprometer o almejado pelo Novo Marco Legal das Ferrovias.

8. Referências

Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Declaração de Rede 2017: Todas as Concessionárias. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/>. Acesso em 17/4/2022.

__. Minuta de contato de adesão, 2022. Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=499>. Acesso em 19/10/2022.

__. Resolução ANTT 5.987, 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Concessão de serviços públicos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). Direito dos Serviços Públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BRASIL. Decreto-Lei 3.365/1941, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública.

BRASIL. Lei 3.115/1957, de 16 de março de 1957. Determina a transformação das empresas ferroviárias da União em sociedades por ações, autoriza a constituição da Rede Ferroviária S.A., e dá outras providências.

BRASIL. Lei 8.987/1995, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

BRASIL. Lei 9.074/1995, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.

BRASIL. Lei 10.233/2001, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências.

BRASIL. Lei 13.884/2019, de 16 de outubro de 2019. Autoriza a prorrogação de contratos por tempo determinado do Instituto de Fomento e Coordenação Industrial, no âmbito do Comando da Aeronáutica do Ministério da Defesa.

BRASIL. Lei 14.273/2021, de 23 de dezembro de 2021. Estabelece a Lei das Ferrovias; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, e as Leis nºs 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.636, de 15 de maio de 1998, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.257, de 10 de julho de 2001, 10.636, de 30 de dezembro de 2002, 12.815, de 5 de junho de 2013, 12.379, de 6 de janeiro de 2011, e 13.448, de 5 de junho de 2017; e revoga a Lei nº 5.917, de 10 de setembro de 1973.

CASTELAR, Armando. Autorizações ferroviárias: um passo certo. Macroeconomia. FGV IBRE, 2021. Disponível em Autorizações ferroviárias: um passo certo | Blog do IBRE (fgv.br), acesso em 10/09/2022.

CNI – Confederação Nacional da Indústria, 2022. Infraestrutura: Demandas e prioridades dos empresários. Disponível em: <https://noticias.portaldaindustria.com.br/noticias/infraestrutura/38-das-industrias-mudariam-operacao-de-rodovia-para-outro-modal/>, acesso em 18/10/2022.

COUTINHO, Diego R. Direito e Economia Política na Regulação de Serviços Públicos. São Paulo: Editora Saraiva. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parceiras na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. São Paulo: Atlas. 2012.

DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, 2016. Estudo de viabilidade técnica, econômica e ambiental. Disponível em: <https://www.gov.br/dnit/pt-br/assuntos/planejamento-e-pesquisa/planejamento/covide-estudos-de-viabilidade/estudo-de-viabilidade-tecnica-economica-e-ambiental-evtea>. Acesso em 13/10/2022.

DURÇO, F. F. A Regulação do Setor Ferroviário Brasileiro: Monopólio Natural, Concorrência e Risco Moral. Dissertação (Tese de Mestrado). Escola de Economia de São Paulo (EESP), Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011.

EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA – EPL. Relatório Executivo - Plano Nacional de Logística 2035. Disponível em <https://ontl.epl.gov.br/planejamento-pnl-2035/relatorios/>. Acesso em 15/4/2022.

FEIGELSON, B. Curso de direito da infraestrutura: logística e transporte. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 382 p. 2015.

FERNANDEZ, Antoní. Las políticas públicas. In: BADIA, Miquel C. (ed.) Manual de ciência política. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 495-517.

FURTADO, Lucas Rocha. Concessões e permissões de serviço público. In: FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. Política pública: seus ciclos e subsistemas, uma abordagem integral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 506

JUSTEN FILHO, Marçal. Serviço público no direito brasileiro. RDPE, v. 7, n. 161, 2004.

MINFRA - Ministério da Infraestrutura, 2016. Transporte ferroviário. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/dados-de-transportes/sistema-de-transportes/transporte-ferroviario>. Acesso em 12/10/2022

MINFRA - Ministério da Infraestrutura, 2022. Pro Trilhos – Programa de Autorizações Ferroviárias. Disponível em: https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/transporte-terrestre_antigo/programa-de-autorizacoes-ferroviarias. Acesso em 23/11/2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

MENY, Yves; THOENIG, Jean-Claude. Las políticas públicas. Barcelona: Ariel, 1992

MOURA, Cid Capobianco S. de; LUCAS, Arthur. Formas de prestação de serviço público no Brasil. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 18, n. 213, p. 22-28, set. 2019.

NABAIS, Rui José da Silva. Manual básico de engenharia ferroviária. São Paulo: Oficina de Textos, 2014.

GUERRA NETO, Paulo. Evolução dos contratos das concessões de ferrovias. Coletânea de Pós-Graduação, v.4 n.18. Governança e Controle da Regulação em infraestrutura. Tribunal de Contas da União

NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 274.

OLIVEIRA, R. C. R., Curso de Direito Administrativo, 10. Ed. Editora Método, p. 633. 2022

PARADELA, C. L. Desestatização da rede ferroviária federal S/A. Impactos sobre os recursos humanos da administração geral. Dissertação Mestrado – Escola Brasileira de Administração Pública, Fundação Getúlio Vargas.

PARSONS, Wayne. Políticas públicas: una intruducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas. México: Flacso, 2007.

PINHEIRO, A.C.; RIBEIRO, L.C. Regulação das Ferrovias. 1º Ed. FGV, 2017.

POMPERMAYER, F. M.; CAMPOS-NETO, C. A. S.; SOUSA, R. A. F. Considerações sobre os marcos regulatórios do setor ferroviário brasileiro - 1997-2012. Brasília, 2012. IPEA - Nota Técnica, n. 6, p. 19.

RIBEIRO, P. C. C.; FERREIRA, K. A. Logística e Transporte: uma descrição sobre modais de transporte e plano brasileiro. Curitiba. 2002.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. Reformando marcos regulatórios de infraestrutura: primeiras notas ao caso das ferrovias. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 45, p. 77-110, jan./mar. 2014.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Concessão, Permissão, Autorização, Cessão e Doação. Quais São as Diferenças? (Conclusão). Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP Belo Horizonte, n. 35, ano 3 Novembro 2004

RODRIGUES, P. R. A. Introdução aos Sistemas de Transporte no Brasil e à Logística Internacional. 3. ed. São Paulo : Edições Aduaneiras Ltda., 2004

SCHILLER, Alexandre Ortigão S. Buarque. O novo modelo de autorização da Lei nº 12.996/2014 e os seus efeitos no setor de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 5, n. 2, p. 151-179, 2018. Universidade de São Paulo.

SCHMALENSEE, Richard. The control of natural monopolies. lexington: lexington Books, 1979. p. 3 (tradução livre).

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. Desapropriação de bens imóveis. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/73/edicao-1/desapropriacao-de-bens-imoveis>. Acesso em 17/08/2022.

WANDERLEY, Maurício Ferreira. Características e necessidades regulatórias para a viabilização de trechos e ramais ferroviários abandonados ou considerados de baixa demanda no Brasil. Coletânea de Pós-Graduação, v.4 n.17. Governança e Controle da Regulação em infraestrutura. Tribunal de Contas da União.

Missão

Aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo

Visão

Ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável