

Assimetria regulatória no transporte ferroviário brasileiro:

O novo marco legal das ferrovias em perspectiva

Paulo Roberto Azevedo Mayer Ramalho

Stanley Silva Ribeiro

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

Assimetria regulatória no transporte ferroviário brasileiro:

O novo marco legal das ferrovias em perspectiva

Paulo Roberto Azevedo Mayer Ramalho

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):

Stanley Silva Ribeiro

Banca examinadora:

Stanley Silva Ribeiro

Thomas Augusto Ferreira de Almeida

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

RAMALHO, Paulo Roberto Azevedo Mayer. **Assimetria regulatória no transporte ferroviário brasileiro: o novo marco legal das ferrovias em perspectiva**. 2023. 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): Paulo Roberto Azevedo Mayer Ramalho
TÍTULO: Assimetria regulatória no transporte ferroviário brasileiro: o novo marco legal das ferrovias em perspectiva
GRAU/ANO: Especialista/2023

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.

Paulo Roberto Azevedo Mayer Ramalho
E-mail: paulo.mayer@agu.gov.br

FICHA CATALOGRÁFICA

R166 Ramalho, Paulo Roberto Azevedo Mayer.

Título: Assimetria regulatória no transporte ferroviário brasileiro: o novo marco legal das ferrovias em perspectiva / Paulo Roberto Azevedo Mayer Ramalho. – Brasília: ISC/TCU, 2023.
(Monografia de Especialização)

1. Controle da Desestatização e da Regulação. 2. Regulação.
3. Transporte ferroviário. I. Assimetria regulatória no transporte ferroviário brasileiro: o novo marco legal das ferrovias em perspectiva.

CDU 341.353
CDD 341.353

Assimetria regulatória no transporte ferroviário brasileiro:

O novo marco legal das ferrovias em perspectiva

Paulo Roberto Azevedo Mayer Ramalho

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, 30 de fevereiro de 2023.

Banca Examinadora:

Stanley Silva Ribeiro
Orientador
Advocacia-Geral da União

Thomas Augusto Ferreira de Almeida
Avaliador
Advocacia-Geral da União

Dedico esse trabalho primeiro a Deus, fonte inesgotável de força e sabedoria, e que até aqui tem me sustentado, por sua infinita misericórdia. Dedico-o também a Rachel, pilar maior de minha vida, assim como a Ana Armelle por tanta ajuda nas horas mais necessárias. Dedico-o ainda a Alice e Artur, para quem, em especial, eu venho tentando diuturnamente construir um país melhor, mais justo, mais ferroviário.

Agradecimentos

Cheguei até aqui carregado por muitos.

No âmbito familiar, por Rachel, Ana Armelle, Alice e Artur toleraram minha ausência em tantas horas de pesquisa e escrita.

No âmbito profissional, por Natália, líder de capacidade inexprimível nessas tão poucas linhas, a primeira a me enviar o convite para mais essa jornada acadêmica, entre outras que me fizeram um jurista tão melhor do que antes de conhecê-la, compartilhando honrosamente diversos desafios, todos em grande medida superados. Por Stanley, cuja parceria tem sido imprescindível para gerenciar nossa unidade na antiga Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura, agora junto ao Ministério dos Transportes. Por Thomas, com a gentileza de sempre e a grandeza de extrair de sua vasta experiência acadêmica e me emprestar alguns grãos, porém mais que suficientes para aprimorar este estudo. E por tantos outros, cujos nomes não caberiam nesta pequena página, mas que os agradeço na pessoa de Camilla, que, resoluta na missão de manter firmes as estruturas das nossas unidades de trabalho, deu-me tamanha tranquilidade, decisiva para que eu seguisse na reta final deste trabalho.

Resumo

O presente estudo se propõe a verificar como o mais recente marco legal regulatório do setor ferroviário brasileiro, a Lei n. 14.273, de 2021, modifica a assimetria regulatória nessa seara. A hipótese levantada é que esse diploma normativo modifica consideravelmente a aludida assimetria regulatória, na medida em que institui, ao lado do regime de concessão, um outro regime deveras diferente, baseado na autorização, para exploração dos serviços de transportes ferroviários associados à operação da infraestrutura respectiva. O objetivo geral da pesquisa é apontar as principais diferenças entre os regimes de concessão e de autorização, segundo os ditames do novo marco legal, que acabam por criar uma assimetria regulatória inédita no setor de transportes ferroviários do Brasil. O resultado esperado é a produção de dados e informações que ajudem a prever as consequências práticas dessa assimetria regulatória e, conseqüentemente, a traçar perspectivas para a Administração gerenciá-la da maneira mais adequada ao interesse público envolvido. Quanto à metodologia da pesquisa, será realizada basicamente uma ampla análise bibliográfica (livros, dissertações, teses, artigos científicos, periódicos, jornais e legislações específicas) e documental (relatórios e documentos oficiais).

Palavras-chave: transporte ferroviário; regulação assimétrica; Lei n. 14.273, de 2021.

Abstract

The present study proposes to verify how the most recent regulatory legal framework of the Brazilian railway sector, Law n. 14,273, of 2021, modifies the regulatory asymmetry in this area. The hypothesis raised is that this normative diploma considerably modifies the aforementioned regulatory asymmetry, insofar as it institutes, alongside the concession regime, another very different regime, based on authorization, for the exploration of rail transport services associated with the operation of the infrastructure respective. The general objective of the research is to point out the main differences between the concession and authorization regimes, according to the dictates of the new legal framework, which end up creating an unprecedented regulatory asymmetry in the rail transport sector in Brazil. The expected result is the production of data and information that help predict the practical consequences of this regulatory asymmetry and, consequently, outline perspectives for the Administration to manage it in the most appropriate way for the public interest involved. As for the research methodology, a broad bibliographical analysis (books, dissertations, theses, scientific articles, periodicals, newspapers and specific legislation) and documentary analysis (reports and official documents) will be performed.

Keywords: rail transportation; asymmetrical regulation; Law n. 14,273, of 2021.

Lista de abreviaturas e siglas

ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
Antaq	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
CBA	Código Brasileiro de Aeronáutica
C&C	Comando e controle
CND	Conselho Nacional de Desestatização
DNIT	Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
EPL	Empresa de Planejamento e Logística S.A.
ETAV	Empresa de Transporte Ferroviário de Alta Velocidade S.A.
FICO	Ferrovias de Integração Centro-Oeste
FIOL	Ferrovias de Integração Oeste-Leste
FNS	Ferrovias Norte-Sul
MPA	Ministério dos Portos e Aeroportos
MT	Ministério dos Transportes
OFI	Operador ferroviário independente
PPI	Programa de Parcerias de Investimentos
RFFSA	Rede Ferroviária Federal S.A.
SFF	Subsistema Ferroviário Federal
SFV	Sistema Federal de Viação
SNV	Sistema Nacional de Viação
TCU	Tribunal de Contas da União

Sumário

1.	Introdução	12
2.	Assimetria regulatória.....	15
2.1.	Noções gerais de regulação da economia.....	15
2.2.	Assimetria regulatória: aspectos gerais	24
3.	Transporte ferroviário no ordenamento jurídico brasileiro	33
3.1.	Transportes no ordenamento jurídico brasileiro	33
3.2.	A ordenação setorial ferroviária brasileira	43
4.	Assimetria regulatória no transporte ferroviário brasileiro, à luz da Lei n. 14.273, de 2021	53
4.1.	A Lei n. 14.273, de 2021, e suas inovações	53
4.2.	A nova assimetria regulatória criada pela Lei n. 14.273, de 2021	63
5.	Conclusão	73
6.	Referências	77

1. Introdução

A presente pesquisa se propõe a investigar o tema da assimetria regulatória, especificamente no que diz respeito ao transporte ferroviário no Brasil, considerando o arcabouço legal existente e suas mais recentes alterações.

Sabe-se que as ferrovias são infraestruturas consistentes no uso de trilhos sobre o solo, sobre os quais trafegam vagões e outros materiais rodantes, normalmente guiados por uma locomotiva. Esse modo de transporte se disseminou pelo mundo ainda no Século XIX, mas ainda hoje é um elemento basilar para a eficiência econômica de qualquer território, especialmente países de grandes dimensões, como é o caso do Brasil.

Historicamente, as primeiras ferrovias brasileiras foram construídas por meio do capital privado no Século XIX, passando, no entanto, a ser exploradas mediante atuação direta do Estado durante o Século XX até que, em meados da década de 1990, a empresa estatal responsável foi dissolvida e a malha respectiva dividida em diversas concessões, objetos de contratos junto a parceiros privados.

Ante essa nova realidade, foram editados diversos diplomas normativos tratando, entre outros temas, de concessões ferroviárias e criando a arquitetura institucional pública básica para gerenciar questões relacionadas a tal assunto, inclusive no âmbito da regulação.

Ocorre que recentemente foi promulgado um novo marco regulatório para o setor de transporte ferroviário. O principal ponto de alteração do panorama normativo foi a possibilidade de se outorgar serviços de transporte ferroviário de forma ampla por meio de autorizações.

Uma consequência da nova legislação é a modificação do que se convencionou denominar de assimetria regulatória, ou seja, em linhas gerais, a imposição de regimes jurídicos diferenciados para os agentes econômicos integrantes de um mesmo segmento econômico.

O problema que se propõe, portanto, é verificar como o mais recente marco legal regulatório do setor, a Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021), modifica a assimetria regulatória no transporte ferroviário, sem deixar de comparar a legislação referente aos diversos outros mercados, notadamente os da seara dos transportes.

A relevância da pesquisa repousa na própria significância dos transportes ferroviários para o país, dado o potencial desta atividade para a promoção do desenvolvimento nacional, sem olvidar a redução de desigualdades regionais, objetivos expressos no próprio texto constitucional pátrio. Observe-se que o tema, embora já tenha sido abordado sob a ótica de outras normas, que se aplicam a segmentos econômicos outros do país, ainda não o foi à luz do novo marco legal regulatório do setor ferroviário, dado o seu recente ingresso no ordenamento jurídico pátrio.

A pesquisa pode indicar, ainda, pontos de melhoria para a legislação em vigor ou mesmo oportunidades para uma atuação regulatória mais precisa, contribuindo para que haja mais segurança jurídica nas relações jurídicas travadas entre as diversas partes envolvidas: governo, usuários, financiadores e operadores ferroviários.

Na linha da estrutura teórica acima exposta, o problema de pesquisa é, objetivamente, demonstrar quais são as principais inovações promovidas pela Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) no ordenamento jurídico brasileiro e como elas modificam a assimetria regulatória no setor de transporte ferroviário do país.

A hipótese é que a Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) modifica consideravelmente a aludida assimetria regulatória, na medida em que institui, ao lado do regime de concessão, um outro regime deveras diferente, baseado na autorização, para exploração dos serviços de transportes ferroviários associados à operação da infraestrutura respectiva.

O objetivo geral da pesquisa é apontar as principais diferenças entre os regimes de concessão e de autorização, segundo os ditames da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021), que acabam por criar uma assimetria regulatória inédita no setor de transportes ferroviários do Brasil.

Como objetivos específicos, intenta-se: a) fazer uma análise comparativa dos dispositivos da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) e da legislação correlata que tratam de concessão ou de autorização de serviços ferroviários; b) verificar a repartição de riscos que a Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) impõe para concessões e autorizações ferroviárias; e c) elencar efeitos positivos e negativos da assimetria regulatória que passa a existir no setor de transporte ferroviário brasileiro, à luz inclusive da

experiência em outros setores da economia nacional, notadamente da área de transportes.

Para tanto, o primeiro capítulo do desenvolvimento deste trabalho abordará a questão da assimetria regulatória, definindo-a de forma acurada, sem olvidar de esclarecer o que vem a ser a própria concepção de regulação que guiará a pesquisa. No segundo capítulo, tratar-se-á de modo geral da legislação de transportes do país, de modo a contextualizar os regimes jurídicos de regulação existentes, iniciando o foco no âmbito dos transportes ferroviários. Por fim, o terceiro capítulo versará especificamente sobre a Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021), cuidando das inovações jurídicas que trouxe ao setor ferroviário e ligando-as às modificações da assimetria regulatória em tal seara.

O resultado esperado é a produção de dados e informações que ajudem a prever as consequências dessa assimetria regulatória e, conseqüentemente, a traçar perspectivas para a Administração gerenciá-la da maneira mais adequada ao interesse público envolvido. Não há, todavia, qualquer pretensão de esgotar o assunto, mas antes estabelecer bases firmes para a evolução do debate, sempre salutar, acerca do tema do presente trabalho.

Quanto à metodologia de pesquisa, será realizada basicamente uma ampla análise bibliográfica (livros, dissertações, teses, artigos científicos, periódicos, jornais e legislações específicas) e documental (relatórios e documentos oficiais).

2. Assimetria regulatória

2.1. Noções gerais de regulação da economia

Para abordar a questão da assimetria regulatória é necessário, antes, compreender o que vem a ser regulação.

No vernáculo, regulação é um termo que comporta diversas acepções, a depender do ramo do conhecimento que esteja a tratar. De modo geral, pode-se dizer que regular é algo que ocorre – seja por ação humana seja por fenômeno natural – conforme padrões usualmente conhecidos, acatados e consolidados técnica ou empiricamente (MOREIRA, 2014).

Sob uma ótica econômica, a mais relevante para o presente trabalho, regulação significa a imposição de regras e outras formas de controles pelo Estado, com esteio em sanções, objetivando direcionar, restringir, ampliar ou alterar a conduta econômica de indivíduos ou empresas (POSNER, 1974). Tratar-se-ia, pois, de uma intervenção predominantemente estatal, mediante tributação, fomento ou controles legislativos e administrativos incidentes sobre atividades econômicas.

Estados se valem da regulação para que determinadas falhas na atuação de agentes econômicos possam ser corrigidas, com variados graus de intervenção, segundo a modalidade regulatória utilizada (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012).

Cumprido salientar que essas falhas de mercado se relacionam com os chamados custos sociais. Como esclarece Coutinho (2014), o primeiro teórico a tratar com maior profundidade sobre o tema foi Arthur Pigou, que defendia a internalização dos efeitos – ou externalidades – negativos de uma atividade econômica deveriam ser transformados em custos desse negócio – internalizadas, portanto – por meio da ação estatal, mediante tributação, denominada, por isso, de “taxas pigouvianas”. Em sentido oposto, isso se aplicaria também para as externalidades positivas, que deveriam ser alvo de regimes de subsídios estatais.

Conforme prossegue explicando Coutinho (2014), Coase faz um contraponto à ideia de Pigou, ressaltando que ela leva em conta apenas uma dimensão do problema, a da penalização do agente causador da externalidade negativa, de modo a prestigiar uma eficiência de Pareto, em que deveria haver o mais perfeito equilíbrio possível

entre perdas e ganhos dos envolvidos. Para Coase, é preciso que seja feita uma análise mais ampla, considerando também os impactos gerados com a penalização do agente causador. Importaria mais a maximização da utilidade coletiva dos bens envolvidos, o que, em tese, poderá ser alcançado por outros meios diferentes citada penalização, na linha do que prega a eficiência de Kaldor-Hicks.

Esse teorema de Coase autoriza a concepção de que, em determinadas conjunturas, a ação estatal na correção de falhas de mercado não necessariamente levará a um resultado mais eficiente do que aquele que seria obtido pela negociação autônoma dos agentes econômicos privados entre si. Nesse ponto, seria crucial examinar os custos de transação em jogo: se forem baixos ou inexistentes, não haveria necessidade de intervenção estatal, segundo Stigler (1971).

Observa-se, pois, que, no pensamento de Stigler (1971), expoente da Escola de Chicago, corrente teórica formada na década de 1960 na Universidade de Chicago e aderente à economia neoclássica, as falhas de mercado não deveriam ser o principal foco de ação estatal, mas sim os custos de transação nas atividades econômicas. Stigler (1971) investe frontalmente contra a premissa de que a regulação serviria precipuamente ao interesse público. Afirma que esta, em verdade, seria criada e estimulada pelos agentes econômicos diretamente interessados em criar reservas de mercado, dando azo a falhas de governo.

Nas sintetizantes palavras de Daychoum e Sampaio (2017, p. 57):

Em suma, a regulação é a forma encontrada para que a sociedade receba aqueles bens e serviços que o mercado isoladamente considerado não proveria de forma apropriada. Ou seja, trata-se de um conjunto de técnicas que busca coordenar os interesses públicos e privados.

De todo modo, qualquer que seja a concepção adotada de regulação, vê-se que ela poderá ser implementada com diversas roupagens. Nesse sentido, cuidando do que chamam de estratégias ou técnicas de regulação, Baldwin, Cave e Lodge (2012) elencam as seguintes: comando e controle (C&C), autorregulação, incentivos econômicos, aproveitamento das forças de mercado, divulgação informativa, ação direta, instituição de direitos e responsabilidades e, por fim, esquematização de compensações públicas ou seguros sociais.

As estratégias regulatórias de C&C, para Baldwin, Cave e Lodge (2012), têm como essência o exercício de influência pela imposição de padrões técnicos com

esteio em normas punitivas. A força da lei é usada para proibir certas formas de conduta, demandar algumas ações consideradas como positivas ou mesmo estabelecer condições para entrada de novos agentes em determinado setor econômicos.

Conquanto possa ser considerada a base de qualquer sistema regulatório, a estratégia de C&C apresenta problemas, como: a) a exigência de instrumentos públicos robustos de fiscalização; b) fixação de padrões excessivamente minudentes e rígidos, o que pode limitar inovações positivas no mercado respectivo; e c) burocratização da atividade econômica, entre outros.

Quanto à autorregulação, esta pode ser entendida como uma autoadministração do C&C, normalmente conduzida por uma organização não-estatal ou uma associação civil, que implementa um sistema próprio de padrões técnicos e regras para monitorar e obrigar seus membros (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012). Nesse caso, o controle estatal é apenas remoto, limitando-se, por exemplo, a aprovar as normas elaboradas pelo ente autorregulador.

Esta estratégia regulatória mitiga os já mencionados problemas do C&C convencional, mas pode ocasionar outros, como a criação de normas que atendam apenas os interesses empresariais, desconsiderando interesses da administração pública ou dos usuários, bem como a falta de transparência e responsabilização nos atos regulatórios.

Os incentivos econômicos, por sua vez, constituem uma técnica regulatória bastante diferente do C&C, já que consiste em promover não propriamente uma sanção por práticas consideradas indesejadas, mas sim uma consequência econômica negativa nesses casos, ou mesmo alguma consequência vantajosa para eventuais práticas desejadas. Como registram Baldwin, Cave e Lodge (2012), isso pode ser feito por meio de tributação, cessões de direitos ou subsídios públicos conferidos ao agente econômico envolvido.

A vantagem desse método é que normalmente exige um fardo regulatório mais leve e flexível aos sujeitos afetados, vez que dificilmente chega a adentrar os processos de produção ou de operação dos regulados. Como desvantagens, pode-se apontar: a) uma complexidade normativa ainda alta em determinados casos, necessitando, por vezes, de instrumentos públicos de fiscalização, assim como na

técnica de C&C, tornando demasiadamente tênue a distinção entre sanção e desincentivo; e b) possíveis efeitos adversos aos cofres públicos.

Quanto a técnica de aproveitamento das forças de mercado, conforme Baldwin, Cave e Lodge (2012), dá-se pela instituição de regras de concorrência entre os diversos agentes que exploram determinado setor econômico. As principais formas de aplicação desse método são: a) o franqueamento, que consiste na concessão de direitos exclusivos – ou ao menos delimitados – de exploração econômica, utilizado normalmente em setores com vocação monopolística; b) a regulação por contrato público, que se baseia na definição de regras consensuais que garantam um padrão concorrencial; e permissões negociáveis, que se destinam a criar um mercado de licenças para compensação de condutas consideradas indesejáveis, como no caso dos créditos de emissão de poluentes, na seara ambiental.

As vantagens e desvantagens desse método são basicamente as mesmas relativas aos incentivos econômicos, com exceção do impacto nos cofres públicos.

Passando à técnica de divulgação informativa, cuida-se da regulação por meio da publicação de dados relevantes sobre o produto ou o serviço oferecido aos usuários pelos agentes econômicos (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012). Essa publicação pode se dar pelo poder público ou, de forma obrigatória, pelo próprio agente econômico. Isso permite que os consumidores tomem a decisão sobre a aceitabilidade do tipo de produto ou serviço em questão ou mesmo sobre seu processo empregado em sua produção.

As principais vantagens são a baixa complexidade normativa exigida, bem como a ampla liberdade conferida, no plano gerencial, aos agentes econômicos e, no plano comportamental, aos consumidores. Já as desvantagens podem decorrer da complexidade das informações divulgadas, que pode levar à incompreensão por parte dos usuários, notadamente para públicos com nível educacional mais baixo. Ademais, os custos para a produção da informação podem ser excessivos e podem não evitar abusos em ambientes com menor concorrência ou com baixo poder aquisitivo dos usuários.

Acerca da técnica da ação direta, Baldwin, Cave e Lodge (2012) asseveram que o governo pode usar recursos econômicos públicos para atingir os objetivos almejados. Isso pode ser feito por meio da utilização de propriedade pública da

infraestrutura ou mesmo pela injeção de capital – com possível aquisição de participação societária – que venha a estimular determinadas atividades econômicas. A depender dos critérios estabelecidos, pode-se estimular a concorrência em setores específicos ou ainda garantir certos níveis de investimento para a manutenção de um padrão mínimo de serviço.

A principal vantagem dessa técnica é a redução de riscos para os agentes econômicos, notadamente aqueles de ordem financeira, que podem afetar sobretudo empreendedores de menor porte. Por sua vez, a desvantagem é, além de eventuais efeitos adversos nos cofres públicos, possibilitar a criação de um viés no mercado em torno da atividade na qual os bens públicos ou o subsídio econômico incidam, de modo inclusive a desestimular a inovação naquela área.

Outra técnica regulatória digna de menção é a instituição de direitos e responsabilidades. Ao inserir no ordenamento jurídico previsões claras de responsabilização civil para determinadas condutas, a questão deixa de ser tratada apenas no campo administrativo do C&C, desestimulando práticas consideradas indesejadas (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012). A simples necessidade de observar um direito estatuído, ou mesmo a possibilidade de ser responsabilizado civilmente pela sua inobservância, tende a fazer com que os agentes econômicos envolvidos se comportem da forma considerada mais adequada socialmente. O mesmo se pode dizer da efetiva responsabilização, que, em última análise, afetará economicamente o responsabilizado, seja pela interrupção da atividade indesejada, seja pelo pagamento de indenização aos afetados por ela.

A principal vantagem, como em outras técnicas, é a sua menor intrusão gerencial nos empreendimentos abarcados. A desvantagem é que, se não forem bem calibrados, os efeitos da responsabilização podem ser deletérios para o setor, atingindo-o excessivamente, ou para a sociedade, se, sob o ponto de vista econômico, a responsabilização não gerar impactos significativos para o empreendimento em questão.

Por fim, Baldwin, Cave e Lodge (2012) ainda mencionam a técnica regulatória de esquematização de compensações públicas ou seguros sociais. Trata-se de uma derivação dos já abordados incentivos econômicos, mas que, em vez de criar sistemas de tributação ou de subsídios, propõe-se a sistematizar o pagamento de compensações ou seguros, que ligam o pagamento de prêmios ao atingimento de

certos níveis de performance. Tem sido utilizado mais amplamente no âmbito laboral, com objetivo de atacar a questão de acidentes de trabalho, de forma a estimular empreendimentos com maior grau de segurança para os trabalhadores.

Quanto às principais vantagens e desvantagens, são as mesmas já ventiladas para a técnica dos incentivos econômicos.

Fazendo um arremate geral sobre as técnicas acima abordadas, Baldwin, Cave e Lodge (2012) alertam que é preciso ter em mente que nenhuma delas, sozinha, será suficiente para resolver de forma plena as falhas de um mercado de maior complexidade. É necessário avançar da análise puramente teórica desse ferramental para uma aplicação prática, atenta para os efeitos concretos produzidos, de forma que se tenha um conjunto balanceado pelo uso de duas ou mais dessas técnicas.

Para tanto, é imprescindível que o regulador tenha um vasto conhecimento sobre o funcionamento dos processos de produção e consumo adotados no mercado a regular. Tal questão se conecta inclusive com o surgimento da teoria da regulação responsiva, que impõe precisamente às instituições que sejam elas aptas a encetar modelagens regulatórias diferentes a depender da conduta dos agentes econômicos regulados (GALVÃO; FONSECA, 2020).

Ademais, constata-se que a regulação é moldada pela forma como o Estado decide intervir na economia, ante os variados desafios que se lhe apresentam. Como alerta Moreira (2014, p. 109-110):

Neste Século XXI as tarefas atribuídas ao Estado são de tamanha variedade, e são tantos os direitos, que transbordam aqueles antigos conceitos. A pluralidade democrática e o multiculturalismo participativo (direitos de segunda, terceira e quarta dimensões, dirigidos a diversos grupos sociais) aumentam as demandas e afastam as soluções outrora padronizadas. A rigor, o que atualmente existe é o Estado integrado na Economia, que ordinariamente atua no cotidiano das relações socioeconômicas. Ele não mais só reprime e exclui, mas incentiva, influi e inclui. Muitos dos objetivos são para o futuro, intergeracionais (diacrônicos e sustentáveis). Boa parte das distinções e exclusões oitocentistas perderam consistência. A fase em que vivemos é antes a da oposição dialética entre o papel constitucionalmente atribuído ao Estado e às pessoas privadas na Economia, desenvolvida num processo dinâmico que admite o meio-termo e se caracteriza pela prévia indeterminação analítica de funções.

E prossegue, aduzindo que esse contexto faz surgir um direito da regulação econômica, que “pode ser implementado segundo (i) várias técnicas, por (ii) múltiplos sujeitos, ser oriundo de (iii) diversas fontes, destinar-se a (iv) mais de um objeto e

deter (v) gamas variáveis de intensidade” (MOREIRA, 2014, p. 112-113), na linha já exposta do que sustentam Baldwin, Cave e Lodge (2012), Moreira (2014).

Quanto à variedade técnica, Moreira (2014) defende que, sob esta perspectiva, o direito da regulação pode ser dividido em duas classes básicas: a de gestão e a normativa.

Na primeira, o Estado regulador ingressa ele próprio no mundo do ser de um setor econômico. Nesse caso, a regulação se dá, por assim dizer, no lado de dentro da economia, razão pela qual pode ser denominada de endorregulação, ocorrendo na forma de monopólio – quando há unificação no polo da oferta –, monopsônio – quando a unificação ocorre no polo da demanda – ou de privilégio legal – quando as vantagens competitivas estão previstas em lei –.

Já na categoria normativa, a regulação ocorre no mundo do dever-ser, mediante a edição de normas jurídicas de variado planos hierárquicos – constitucional, legal, regulamentar e até contratual – pelo ente regulador.

Quanto ao aspecto subjetivo da regulação, refere-se a quem teria o poder (ou mesmo o dever) de agir para disciplinar a conduta econômica em um dado mercado. Usualmente, esse mister é atribuído a entes públicos – heterorregulação –, não havendo vedação, porém, que sejam exercidas por pessoas de direito privado – inclusive em regime de autorregulação –, tudo na forma de que dispuser a lei de regência (MOREIRA, 2014).

No que se refere às fontes do direito da regulação, a discussão sobre a técnica regulatória normativa permite antever uma origem em múltiplos diplomas normativos, como a própria Constituição, leis em sentido estrito, regulamentos administrativos, entre outros. Pode ainda ter-se fontes derivadas da autonomia das vontades dos agentes econômicos envolvidos, como contratos, máxime os celebrados com um ente estatal) (MOREIRA, 2014).

Passando ao objeto do direito da regulação, Moreira (2014) ensina que pode ser sintetizado em quatro subespécies: (i) o funcionamento da Administração Pública; (ii) o comportamento econômico de pessoas de direito privado; (iii) o comportamento ético de pessoas de direito privado ou até de agentes públicos; e (iv) os parâmetros técnicos a serem observados no exercício de direito privado.

Finalizando com a intensidade do direito da regulação, esta pode ser *soft* ou *hard* (macia ou leve, ou dura ou pesada, respectivamente), conforme conceda maior ou menor grau de liberdade aos agentes econômicos regulados no trato de questões gerenciais de seus empreendimentos (MOREIRA, 2014).

Como bem se percebe, é natural que a regulação seja pautada por normas jurídicas, método elementar de imposição de comportamentos a serem assumidos tanto pelo próprio Estado como pelos cidadãos, incluídos, por óbvio, os diversos agentes econômicos privados.

No caso do Brasil, assim como na grande maioria dos demais países, vigora o princípio da legalidade, que, por um lado, delimita a atuação do Estado em função do escopo estabelecido em lei, mas, por outro, obriga todos os particulares a fazerem ou deixarem de fazer o que a lei determina.

Sob esse prisma, no âmbito da Constituição da República (BRASIL, 1988), tem-se o princípio administrativo da legalidade, insculpido seu art. 37, caput, ao passo que o art. 5º, caput, inciso II, enuncia que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Conquanto as leis sejam, em regra, editadas pelo Poder Legislativo, cabe aqui ressaltar que, no caso da regulação, é comum que existam entidades integrantes do Poder Executivo, as agências reguladoras autônomas, que exercem um destacado papel no âmbito regulatório, possuindo inclusive poder normativo conferido pela própria lei que define suas competências. Nesse sentido, aduz Aragão (2013, p. 439), baseando-se em vasta doutrina nacional e internacional:

As leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de – ao estabelecer finalidades e parâmetros genéricos – propiciar, em maior ou menor escala, o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente. Ademais, recomenda-se que propiciem à Administração a possibilidade de, na medida do possível, atuar consensualmente, com alguma margem de negociação, junto aos agentes econômicos e sociais implicados.

O poder normativo das agências reguladoras, portanto, não deve ser contraposto à lei em sentido formal, oriunda do Poder Legislativo; antes, é decorrência justamente da lei, razão pela qual tem no já mencionado princípio da legalidade tanto o seu fundamento quanto suas balizas.

A despeito de tais discussões sobre o *locus* de onde provém a normatização alusiva à regulação, percebe-se uma clara relação entre economia, política e direito, que será explorada mais detidamente nas linhas ulteriores deste trabalho.

Observe-se, ainda no plano constitucional, o art. 173, caput, da Constituição da República (BRASIL, 1988) impõe expressamente que, “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Por sua vez, o art. 174, caput, determina que, “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Há, como se vê, uma segregação constitucional entre intervenção direta do Estado na economia (endorregulação), normatização e regulação em sentido estrito (heterorregulação), conquanto estas duas últimas sejam dimensões bem próximas.

Registre-se que as limitações à atuação do Estado na economia decorrem em boa medida da previsão, no art.170, caput, da própria Constituição da República (BRASIL, 1988), da livre iniciativa e da propriedade privada como fundamentos da ordem econômica nacional.

Não se pode deixar de apontar, ainda, que existe também uma relação entre regulação e ideologia. Conforme Coutinho (2014, p. 40-41), com base em doutrina estrangeira:

Ogus explica, ainda, que a regulação pode ter uma função diretiva, isto é, ligada à noção de comando e controle (regulação como uma “luz vermelha” ou como sanção punitiva ou restritiva), mas, por outro lado, pode ter um aspecto facilitador ou incentivador (regulação como uma “luz verde”). A variação cromática “vermelha” ou “verde” da regulação depende de um conjunto de fatores, entre os quais o setor regulado e os interesses que justificam tal regulação, os valores e premissas de economia política que a informam e também um indissociável pano de fundo ideológico a respeito do que vêm a ser as funções contemporâneas do Estado.

Desde essa ótica particular, a regulação como forma de atuação estatal tem relação íntima com o que se concebe como gama de atribuições do poder público. Isso vale para justificar uma regulação de caráter mais rígido em nome do que se queira definir como “interesse público”, por exemplo, ou mesmo um sistema regulatório menos estrito e sem a participação direta do Estado, como nos casos de autorregulação.

Assim, as técnicas de regulação costumam ser ajustadas aos padrões ideológicos dos governos em exercício, especialmente em atenção ao princípio

democrático. Esses ajustes, porém, não devem gerar insegurança jurídica, máxime em relação a direitos fundamentais dos cidadãos envolvidos.

Vale ressaltar, em tempo, que, ainda segundo Coutinho (2014), a regulação pode assumir um caráter social, redistributivo, sobretudo em países em desenvolvimento. É que, como regra, nos países desenvolvidos, a distribuição de bens e serviços já costuma estar universalizada – isto é, disponibilizada para a grande maioria da população –, assim como há também uma maior distribuição de renda, realidade que não se verifica em países em desenvolvimento.

No caso brasileiro, não se pode esquecer que, segundo o art. 3º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), são objetivos fundamentais da República: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Assim, quaisquer normas ou ações administrativas de natureza social ou redistributiva certamente seriam aderentes a esse plexo de desígnios aos quais deve estar voltado o Estado brasileiro.

Obviamente, a regulação não pode abandonar inteiramente a perspectiva da eficiência econômica, sob pena de não socorrerem interessados privados em atuar em tal mercado ou mesmo de dificultar o suporte do próprio Estado com o custeio da atividade por longos períodos.

2.2. Assimetria regulatória: aspectos gerais

Feitas as considerações gerais sobre regulação, cumpre adentrar especificamente no tema da assimetria regulatória.

Como ficou demonstrado nas linhas anteriores, uma regulação técnica e responsiva envolve a obtenção de uma profunda noção das particularidades dos processos de produção e consumo que integram o setor regulado. A eficiência e a eficácia das estratégias regulatórias, destarte, são diretamente proporcionais ao poder de assimilação que a regulação possua a respeito destas particularidades.

Por isso mesmo, é comum que se desenvolvam ordenações setoriais, de modo a refletir as particularidades de um determinado setor da economia na normatização

regulatória que o rege, criando, assim, subsistemas jurídicos (MARQUES NETO; ZAGO, 2018).

Ocorre que mesmo dentro desses subsistemas é possível verificar a existência de normas com focos de incidência distintos, em função das características seja da atividade exercida, seja do agente econômico que a exerce ou até do usuário que dela necessita.

Por conseguinte, agentes e usuários de um mesmo setor econômico poderão ser sujeitos a normas diferenciadas, expostos, pois, a diversos plexos de direitos e obrigações que derivam da regulação (MARQUES NETO; ZAGO, 2018). Como asseveram Marques Neto e Zago (2018, p. 182):

Tais distinções são referidas como “assimetrias regulatórias” – expressão capaz de captar os mais variados tipos e formas de modulação regulatória que pode ser prevista para determinado setor.

De fato, costuma-se referir a “assimetria regulatória” para os casos em que o ordenamento jurídico admite a exploração de uma atividade em regimes jurídicos distintos, trazendo, para cada qual, regras específicas de atuação. Nesse caso, atores de um mesmo setor poderão estar sujeitos a regras – obrigações e direitos – diferentes, conforme o regime no qual exploram suas atividades.

No mesmo sentido, Justen Filho (2009, p. 499-501) define assimetria regulatória como o “estabelecimento de regimes distintos para os agentes econômicos pertencentes a um mesmo setor econômico, de modo a reservar certos benefícios apenas para alguns e encargos mais severos para outros”.

A assimetria regulatória, portanto, pode significar a aplicação de diferentes estratégias regulatórias, mencionadas no tópico anterior deste capítulo, a determinados segmentos de um mesmo mercado ou atividade econômica.

Ainda segundo Marques Neto e Zago (2018, p. 183):

As assimetrias regulatórias podem ter por cerne uma variedade bastante diversa e ampla de fatores objetivos (relacionados com as especificidades da própria atividade executada), subjetivos (concernentes às características detidas pelo prestador da atividade) ou mesmo mistos (que acabam por combinar características objetivas e subjetivas).

A lógica que permeia o estabelecimento de assimetrias regulatórias é a correção de falhas de mercado, estimulando a competição em um determinado setor, na medida em que, geralmente, neutraliza-se a dominância de alguns agentes econômicos.

Observe-se que a imposição de uma assimetria regulatória deve ainda ser extensamente justificada, já que se cuida de um tratamento diferenciado entre sujeitos que, em tese, estão em condições formalmente igualitárias. Vê-se que, a despeito da questão da eficiência econômica, há uma discussão subjacente sobre isonomia, preceito basilar de qualquer sistema ou subsistema jurídico. Busca-se, assim, um sentido mais material de isonomia, valendo-se da clássica lição aristotélica de que os desiguais devem ser tratados de modo desigual, na medida de suas desigualdades (ARISTÓTELES, 2013).

Evoca-se, sem dúvida, princípios jurídicos outros, como o da proporcionalidade, vez que a assimetria regulatória deve ser muito bem calibrada, utilizando-se de fatores de *discrimen* que realmente promovam um equilíbrio entre os diversos agentes econômicos do mercado envolvido.

Sobre o princípio da proporcionalidade, é de aplicação comezinha no âmbito jurídico, máxime no campo administrativo, encerrando em si um tríplice fundamento: (a) a adequação, vez que o meio empregado na atuação estatal deve ser compatível com o objetivo a ser atingido; (b) a exigibilidade, impondo que a ação estatal seja tida por necessária e não exista outro meio menos gravoso ou oneroso aos particulares para atingir o objetivo almejado; e c) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem geradas com a atuação estatal forem consideradas maiores que as desvantagens (CARVALHO FILHO, 2018).

Cuidando especificamente da proporcionalidade nos mecanismos de regulação, Aragão (2013) ressalta que está no cerne da decisão regulatória a ponderação sobre uma vasta gama de direitos fundamentais, o que leva o regulador avaliar a abrangência e a intensidade das estratégias a serem implementadas, com base justamente nas três dimensões da proporcionalidade acima destacadas.

Aragão (2013) ainda ensina que do princípio da proporcionalidade decorrem três outros princípios que repercutem na atuação regulatória, são eles: o da subsidiariedade, o da razão pública e o da diferença.

Quanto ao princípio da subsidiariedade, consiste na abstenção do Estado de atuar em atividades que sejam satisfatoriamente exercidas pelos particulares em regime de liberdade. É dizer, o Estado deve se abster de restringir a liberdade de agentes econômicos na medida em que não se verifiquem prejuízos a valores de

relevância constitucionalmente estabelecida (ARAGÃO, 2013). Tem-se nesse caso uma íntima relação com o conteúdo dos aludidos arts. 170 e 173 da Constituição da República (BRASIL, 1988), que prestigiam a livre iniciativa.

Já pelo princípio da razão pública, derivado do escólio de John Rawls, os objetivos perseguidos pelo Estado devem atender a interesses não apenas de determinados grupos sociais, mas sim razões de ordem pública, concernentes à coletividade considerada como um todo (ARAGÃO, 2013).

Por fim, pelo princípio da diferença, também extraído da doutrina de Rawls, as liberdades econômicas e as desigualdades que produz só são admitidas na medida em que gerem mais benefícios que malefícios para os particulares menos favorecidos (ARAGÃO, 2013). A ideia a permear esse princípio é que a atuação estatal gere uma maximização do mínimo para os grupos sociais mais vulneráveis.

Como arremata Aragão (2013, p. 136-137):

A grande vantagem da conjunção dos princípios acima enumerados é que se, por um lado, impede que o Estado Democrático se invista de um dirigismo totalitário e abrangente, por outro, faz-nos ver que a plena liberdade empresarial e a autorregulação privada da economia são admissíveis, mas com parcimônia e cautela, devendo-se criteriosamente aferir, caso a caso, se são melhores para a sociedade do que a regulação estatal, que também, por sua vez, será mais ou menos rígida de acordo com os mesmos princípios.

Tangenciando o tema da proporcionalidade, Marques Neto e Zago (2018) destacam que a assimetria regulatória pode ser originária da própria lei, notadamente do respectivo marco regulatório setorial, que dessa forma já positiva os desígnios de política pública que conduzem ao tratamento desigual de agentes econômicos. Cuida-se, pois, de um percurso mais direto, com um potencial mais brande de geração de embates sobre a proporcionalidade da distinção estabelecida, já que o legislador mesmo, com o peso de sua legitimidade democrática, adianta-se na resolução dos conflitos entre os interesses envolvidos, realizando um intrínseco juízo de ponderação.

No entanto, ainda conforme Marques Neto e Zago (2018), mesmo quando inexistente uma previsão legal expressa acerca da possibilidade de instituição de assimetrias regulatórias, tal caminho poderá ser trilhado pelo regulador, no exercício de suas já mencionadas competências regulatórias, especialmente seu poder normativo. Nesse caso, deverão ser observadas três balizas, que dialogam intensamente com os preceitos de proporcionalidade explanados em linhas anteriores:

Primeira, finalística: a distinção deverá ser necessária para viabilizar o alcance de algum dos fins da política pública setorial, sob pena de extrapolação dos limites da atividade regulatória, que deve sempre ater-se aos parâmetros traçados pelo legislador. Segunda, de meio: a distinção deverá ser colocada na estrita medida do necessário para que o fim pretendido seja alcançado, resguardando-se a subsidiariedade e proporcionalidade da regulação estatal. Terceira e por fim, de forma: a distinção deverá ser decidida expressamente pelo regulador, mediante densa, clara e transparente fundamentação que justifique a necessidade e adequação da medida. Ou seja, o regulador poderá, (somente) expressamente e mediante ampla fundamentação, adotar assimetrias regulatórias, sempre que tal diferenciação for necessária para o cumprimento dos fins da política pública setorial (MARQUES NETO; ZAGO, 2018, p. 186).

Obviamente, os equívocos na aplicação da proporcionalidade da assimetria regulatória podem gerar uma quebra de isonomia, comprometendo do equilíbrio entre os concorrentes em um mercado e gerando efeitos econômicos perversos para o setor, notadamente para os usuários dos produtos ou serviços ali ofertados.

Esses equívocos podem ser analisados não apenas à luz da proporcionalidade, mas também da teoria das falhas de regulação, que se propõe a analisar mais profundamente as distorções de normas regulatórias. A mais conhecida classificação de falhas de regulação é a de Sunstein (1990), que as divide em dois gêneros principais: as ocorridas na elaboração da norma e as decorrentes da concretização da norma.

No primeiro gênero, alusivo à elaboração normativa, encontram-se: a apropriação por grupos de interesse; os diagnósticos errôneos e avaliações superficiais; identificação errônea dos interesses regulatórios envolvidos; efeitos sistêmicos e imprevistos; equívocos de coordenação; modificações circunstanciais e obsolescência; substituição de juízos políticos por exames puramente tecnocráticos (SUNSTEIN, 1990).

Quanto à apropriação por grupos de interesse, dá-se nas hipóteses em que a norma é elaborada fundamentalmente para proveito próprio de agentes políticos e agentes econômicos de determinado setor. Como alerta Santos (2018), cuida-se de uma circunstância destacada pela teoria da escolha pública (*public choice*), segundo a qual, em síntese, existem agentes políticos que pretendem maximizar as chances de concretizar objetivos egoísticos próprios e que possuem o poder de influenciar a emissão de normas regulatórias. Lado outro, existem agentes econômicos com grande disponibilidade de recursos, desejosos de que a regulação seja formulada em seu favor. Quando são combinantes esses interesses políticos e econômicos, é

possível que ocorra a apropriação da formulação da norma regulatória por grupos de interesse.

Santos (2018) ainda assevera que essa transferência da elaboração de normas regulatórias pode ter relação com a captura do regulador pelo mercado ou pelo meio político, situação em que agentes econômicos ou políticos se infiltram deliberadamente na estrutura decisória do regulador, para subverter seu funcionamento, fazendo-o perseguir não o interesse público, mas os objetivos de um grupo de interesse específico.

Passando aos diagnósticos errôneos e avaliações superficiais, geralmente é causada pela falta de dados sobre a falha de mercado que se pretende corrigir ou por elevado clamor social, que retira a capacidade do regulador de fazer uma análise técnica adequada (SANTOS, 2018). Não se pode ignorar a profunda assimetria de informações que pode existir entre reguladores e regulados, a induzir a erronia de diagnósticos ou a superficialidade avaliatória na formulação da norma regulatória. Além disso, os órgãos reguladores, especialmente em países em desenvolvimento, podem enfrentar problemas estruturais, como falta de pessoal qualificado e de outros recursos públicos para exercer adequadamente suas funções a contento.

Chegando à terceira falha de regulação apontada, a identificação errônea dos interesses regulatórios envolvidos, relaciona-se com a anterior e pode derivar de três dimensões de insensibilidade, quais sejam: a) a peculiaridades regionais e setoriais, vez que uma norma geral, instituidora de parâmetros uniformes para regiões territoriais ou mercados diferenciáveis poderá suscitar deformidades normativas ou mesmo lapsos em sua eficácia; b) a escolhas entre finalidades sociais, já que a escassez de recursos poderá impor a seleção de um número de restrito de objetivos a ser alcançado, sendo que tal restrição, por vezes, pode se dar até mesmo por um antagonismo lógico entre as opções existentes; e c) a problemas metodológicos, quando se ignora a ausência de mecanismos para aferir os interesses em jogo, podendo abarcar questões de tecnologia (SUSTEIN, 1990). Aplica-se aqui o mesmo alerta feito quanto à espécie anterior de falha de regulação, no que se refere a assimetrias de informação e estruturais entre reguladores e regulados.

Quanto à quarta espécie de falha de elaboração normativa regulatória, os efeitos sistêmicos e imprevistos, podem igualmente se relacionar com a segunda espécie, no caso, a superficialidade da análise, referindo-se a efeitos negativos que

não foram constatados com a antecedência necessária. Pode se referir inclusive a uma rigidez excessiva da regulação, gerando eventualmente o que se convencionou denominar de evasão dos agentes regulados (também chamada de fuga regulatória), culminando em um menor grau de proteção ao direito que se almejou tutelar (SANTOS, 2018).

No que tange à quinta espécie elencada, as falhas de coordenação, têm lugar quando a concepção da norma regulatória exige uma interação entre diversos órgãos envolvidos na regulação, mas, havendo uma atuação descoordenada, acarreta dificuldades de controle da regulação e déficits de coerência normativa (SUNSTEIN, 1990).

No que concerne à sexta espécie de falha, a alteração das circunstâncias e obsolescência, são inerentes ao descompasso entre a evolução da regulação e do mercado regulado, especialmente no plano tecnológico. Devido à dinâmica típica de certos setores econômicos, o surgimento de novos produtos ou serviços – e mesmo de agentes econômicos – conquanto precedam a existência de uma norma reguladora que os alcance, alteram significativamente as circunstâncias que baseiam esse mercado. Como aduz Santos (2018), o tempo, o esforço e os custos enredados para criação de uma nova regulação nesses casos são fatores que contribuem para esse descompasso entre a realidade do mercado e as normas regulatórias em vigor (SUNSTEIN, 1990).

A sétima e última falha indicada, consiste na substituição de juízos políticos por exames puramente tecnocráticos. Muitas vezes, a correção de falhas de mercado exige não uma decisão técnica, mas um crivo político, normalmente atribuível ao Poder Legislativo (SUNSTEIN, 1990). Como visto, é o Parlamento que, observadas as balizas constitucionais, tem ampla liberdade de instituir normas abstratas e gerais acerca dos mais variados temas. Como explica, Santos (2018), rememorando elementos da já citada teoria da escolha pública (*public choice*), em que agentes políticos podem estar à procura de maximizar interesses egoísticos, essa delegação imprópria de poder está relacionada, por vezes, à transferência de responsabilidade para edição de medidas impopulares. Pode-se ainda, por meio de tal delegação, criar um excessivo insulamento político, impedindo que governos subquentes modifiquem a regulação. A intenção, por fim, pode ser apenas para poupar tempo dos agentes

políticos, permitindo que estes estabeleçam as bases necessárias para recondução ao mesmo ou a outros mandatos.

Em verdade, o que se pode observar também como falha de regulação é o desencaixe entre juízos técnicos e políticos, conforme o *locus* de onde estes provêm. É sempre difícil delimitar com precisão qual tema comportaria um viés mais político ou mais técnico. O importante que cada órgão cumpra o papel para o qual foi criado, o Poder Legislativo, para exercer um juízo político, editando normas gerais e abstratas, e o Poder Executivo editando normas regulamentares, de cunho mais detalhista da política pública, esmiuçando questões técnicas sempre que necessário.

De modo geral, são evidentes as consequências deste gênero de falha de regulação – na elaboração normativa –, vez que, conforme já ficou registrado, podem criar um desequilíbrio do segmento da economia envolvido, resultando em prejuízo para direitos dos cidadãos usuários, mas com o fator agravante de que, algumas vezes, travestir-se-á inicialmente de louváveis benefícios. Outrossim, normas jurídicas positivadas têm, em regra, um procedimento dificultoso de reversão, ao menos mais dificultoso que se promover uma alteração na práxis regulatória.

No segundo gênero de falhas de regulação, relativo justamente a essa práxis, ou seja, à concretização normativa, Sunstein (1990) elenca, em conexão o outro gênero já abordado: a) inadequação protetiva; b) majoração da ineficiência e excesso de controles; c) redistribuição distorcida; e d) déficit democrático em procedimentos e resultados.

É claro que normas originalmente inquinadas a esses defeitos produzirão tais falhas, o que é preciso deixar claro é que, no plano prático, poderá haver um desvirtuamento de normas consideradas híidas aprioristicamente.

Quanto à inadequação protetiva é a deficiência de resguardo, na prática, do equilíbrio econômico no mercado afetado, podendo se referir tanto aos usuários dos produtos e serviços ali incluídos, como também aos próprios agentes econômicos, que estarão sujeitos a comportamentos considerados abusivos à luz das normas de regência.

Já o aumento da ineficiência e aos controles excessivos decorre do uso imoderado das competências do regulador, que passa a estabelecer critérios

demasiadamente rígidos para o exercício da atividade regulada, ocasionando custos elevados para a oferta de produtos e serviços.

Por sua vez, a distorção redistributiva acontece quando as estratégias regulatórias acabam por criar maiores prejuízos justamente aos menos favorecidos, que, como já se disse, podem e devem ser os alvos de medidas de natureza redistributiva.

Finalizando, o déficit democrático em procedimentos e resultados se dão, em suma, pela baixa publicização dos mecanismos de implementação das normas regulatórias, pela interferência abusiva de grupos de interesse na execução das normas existentes e pela ausência de controle popular (SANTOS, 2018). Perceba-se que a assimetria informacional existente entre regulador e regulado também pode existir entre regulador e usuários, de modo que deve existir um desforço especial do poder público para superar essa circunstância.

As consequências deste outro gênero de falha de regulação, de modo geral, também são claras, já que não se restringem ao campo abstrato das normas, mas geram efeitos desequilibrantes concretos a um dado segmento da economia.

Considerando os possíveis impactos negativos de grande magnitude nos campos econômicos, sociais, jurídicos e políticos, essas falhas, por óbvio, devem ser evitadas ao máximo também na construção de quaisquer assimetrias regulatórias.

3. Transporte ferroviário no ordenamento jurídico brasileiro

3.1. Transportes no ordenamento jurídico brasileiro

Como se viu anteriormente, a assimetria regulatória se relaciona fortemente com o regime jurídico aplicável a um determinado setor da economia. Assim, torna-se importante para o presente trabalho demonstrar, em linhas gerais, como o setor dos transportes está plasmado no ordenamento jurídico brasileiro.

Sob uma perspectiva positivista, vale registrar que o transporte sempre foi um tema recorrente nas normas jurídicas brasileiras. Com exceção da Constituição do Império, de 1824, todas as demais Cartas Constitucionais do país trouxeram, em maior ou menor grau, algum apontamento sobre esse setor.

Nesse sentido, a Constituição da República atual (BRASIL, 1988) enuncia logo em seu art. 6º, caput, que:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

O transporte é, pois, expressamente previsto como um direito social pela Constituição da República (BRASIL, 1988), juntamente com outros de elevada importância, como educação, saúde, alimentação, segurança, entre outros.

O transporte guarda ainda uma forte conexão com outros direitos, alguns de natureza fundamental, previstos expressamente no art. 5º da Constituição da República (BRASIL, 1988), como é o caso da livre locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens (caput, inciso XV). Esse direito é de relevância tal que o constituinte originário se preocupou em incluir, no art. 150, inciso V, uma limitação ao poder de tributar relacionado ao tráfego interestadual de pessoas e bens, ressalvando precisamente uma cobrança típica do gerenciamento de vias públicas, máxime as rodovias: o pedágio.

Indo adiante, no seu art. 21, inciso XII, a Constituição da República (BRASIL, 1988), ao estabelecer as competências materiais da União, elenca as seguintes:

Art. 21. Compete à União:
[...]

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

[...]

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

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

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.

Usualmente, a discussão sobre as assimetrias regulatórias gira em torno da percepção de ocasiões em que a Constituição possibilita a exploração de uma atividade econômica mediante regimes jurídicos díspares, cada qual com normas específicas de atuação (GALVÃO; FONSECA, 2020).

É justamente o que se constata no transcrito art. 21, inciso XII, da Constituição da República (BRASIL, 1988), devendo, portanto, ser compreendido como o fundamento primevo da possibilidade jurídica de instituição de assimetrias regulatórias no âmbito dos transportes, já que prevê a faculdade de exploração das atividades ali arroladas mediante autorização, concessão ou permissão, métodos de outorgas regidos por regimes jurídicos marcadamente distintos, como se demonstrará adiante.

De início, note-se que a Constituição da República (BRASIL, 1988) parte do pressuposto de que existem atividades econômicas que são de titularidade do Estado, o que se convencionou denominar de *publicatio* (GROTTI, 2017). É o caso dos serviços de transporte constantes no art. 12, inciso XII, acima transcrito na parte que interessa ao presente trabalho.

Quando tais serviços são prestados diretamente por um ente estatal, tem-se uma espécie de regulação em sentido lato, a endorregulação, como já ficou registrado em linhas anteriores. Já quando os serviços objeto de *publicatio* são outorgados a particulares, ocorrerá a heterorregulação, também explicada anteriormente, vez que o Estado, não estando a atuar diretamente no mercado em questão, precisará coordenar os interesses públicos com os interesses de agentes econômicos privados, de algum modo direcionando, restringindo, ampliando ou alterando, eventualmente, a conduta econômica das empresas envolvidas.

Assim, para o Estado, juntamente com a opção de proceder à outorga de serviços de titularidade estatal, surge a necessidade de prever a implementação de estratégias de heterorregulação – ou regulação em sentido estrito –, que variarão de acordo com as características da modalidade de outorga executada.

Logicamente, em função do princípio da legalidade, também já abordado em momento anterior, essa regulação das atividades outorgadas será prevista de forma mais detalhada em normas infraconstitucionais. Por isso mesmo, ao lado das competências materiais da União sobre transportes, a Constituição da República (BRASIL, 1988) estabeleceu competências legislativas privativas da União nessa mesma linha, conforme se constata pelo seu art. 22, caput, incisos IX a XI:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

IX - diretrizes da política nacional de transportes;

X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;

XI - trânsito e transporte.

Ademais, o art. 178, caput, da Constituição da República (BRASIL, 1988) assevera que “a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”.

Cumprindo os desígnios constitucionais acima apontados, foram editados diversos diplomas legais para os setores de transportes, estatuindo ordenações setoriais específicas – os já aludidos subsistemas jurídicos –, a contemplar as particularidades de cada modal de transporte, especialmente sob a perspectiva regulatória.

No âmbito dos transportes terrestres e aquaviários, foi promulgada a Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001), que reformulou a estrutura desses setores no país. Em linhas gerais, trouxe definições básicas sobre o Sistema Nacional de Viação (SNV), princípios e diretrizes do gerenciamento dos transportes, bem como disposições gerais sobre as outorgas dos serviços rodoviários, ferroviários e aquaviários, não olvidando, ainda, de criar instituições de elevada importância em tais áreas: a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT).

Sobre os preceitos básicos do SNV, a Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001), em seus arts. 2º e 3º, o seguinte:

Art. 2º O Sistema Nacional de Viação – SNV é constituído pela infra-estrutura viária e pela estrutura operacional dos diferentes meios de transporte de pessoas e bens, sob jurisdição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. O SNV será regido pelos princípios e diretrizes estabelecidos em consonância com o disposto nos incisos XII, XX e XXI do art. 21 da Constituição Federal.

Art. 3º O Sistema Federal de Viação – SFV, sob jurisdição da União, abrange a malha arterial básica do Sistema Nacional de Viação, formada por eixos e terminais relevantes do ponto de vista da demanda de transporte, da integração nacional e das conexões internacionais.

Parágrafo único. O SFV compreende os elementos físicos da infra-estrutura viária existente e planejada, definidos pela legislação vigente.

O SNV, como bem se percebe, é composto por elementos dos vários modais de transporte de passageiros e de carga de todos os entes federativos. Conta, ainda, com o Sistema Federal de Viação (SFV), constituído de uma malha arterial básica organizada em eixos e terminais considerados relevantes seja em vista da demanda de transportes, seja em razão da integração nacional ou das conexões internacionais.

Contudo, outro dispositivo de destacada importância que a Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001) traz sobre o SNV é o seu art. 4º, cujo teor é:

Art. 4º São objetivos essenciais do Sistema Nacional de Viação:

I – dotar o País de infra-estrutura viária adequada;

II – garantir a operação racional e segura dos transportes de pessoas e bens;

III – promover o desenvolvimento social e econômico e a integração nacional.

§ 1º Define-se como infra-estrutura viária adequada a que torna mínimo o custo total do transporte, entendido como a soma dos custos de investimentos, de manutenção e de operação dos sistemas.

§ 2º Entende-se como operação racional e segura a que se caracteriza pela gerência eficiente das vias, dos terminais, dos equipamentos e dos veículos, objetivando tornar mínimos os custos operacionais e, conseqüentemente, os fretes e as tarifas, e garantir a segurança e a confiabilidade do transporte.

Os objetivos essenciais do SNV, a definição de infraestrutura viária adequada, assim como a de operação de transporte racional e segura se espraiam para todos os modais de transporte, servindo como guia para qualquer política pública nesse setor, inclusive as de cunho regulatório.

Com uma abrangência um tanto menor, por alcançar apenas os transportes terrestres e aquaviários, a Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001) elenca, em seu art. 11, princípios gerais para o gerenciamento da infraestrutura e das operações de transporte nesses modais, senão vejamos:

Art. 11. O gerenciamento da infra-estrutura e a operação dos transportes aquaviário e terrestre serão regidos pelos seguintes princípios gerais:

I – preservar o interesse nacional e promover o desenvolvimento econômico e social;

II – assegurar a unidade nacional e a integração regional;

III – proteger os interesses dos usuários quanto à qualidade e oferta de serviços de transporte e dos consumidores finais quanto à incidência dos fretes nos preços dos produtos transportados;

- IV – assegurar, sempre que possível, que os usuários paguem pelos custos dos serviços prestados em regime de eficiência;
- V – compatibilizar os transportes com a preservação do meio ambiente, reduzindo os níveis de poluição sonora e de contaminação atmosférica, do solo e dos recursos hídricos;
- VI – promover a conservação de energia, por meio da redução do consumo de combustíveis automotivos;
- VII – reduzir os danos sociais e econômicos decorrentes dos congestionamentos de tráfego;
- VIII – assegurar aos usuários liberdade de escolha da forma de locomoção e dos meios de transporte mais adequados às suas necessidades;
- IX – estabelecer prioridade para o deslocamento de pedestres e o transporte coletivo de passageiros, em sua superposição com o transporte individual, particularmente nos centros urbanos;
- X – promover a integração física e operacional do Sistema Nacional de Viação com os sistemas viários dos países limítrofes;
- XI – ampliar a competitividade do País no mercado internacional;
- XII – estimular a pesquisa e o desenvolvimento de tecnologias aplicáveis ao setor de transportes.

Nota-se uma clara relação entre tais princípios e os objetivos do SNV, mas alcançando ainda diversos outros aspectos, como a proteção dos usuários quanto à qualidade, à disponibilidade e ao preço dos serviços de transporte, bem como a proteção do meio ambiente.

Na mesma linha dos princípios acima ventilados, o art. 12 da Lei n. 10.233 (BRASIL, 1988) estabelece diretrizes para o gerenciamento da infraestrutura e das operações de transporte terrestre e aquaviário, nos seguintes termos:

- Art. 12. Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre:
- I – descentralizar as ações, sempre que possível, promovendo sua transferência a outras entidades públicas, mediante convênios de delegação, ou a empresas públicas ou privadas, mediante outorgas de autorização, concessão ou permissão, conforme dispõe o inciso XII do art. 21 da Constituição Federal;
 - II – aproveitar as vantagens comparativas dos diferentes meios de transporte, promovendo sua integração física e a conjugação de suas operações, para a movimentação intermodal mais econômica e segura de pessoas e bens;
 - III – dar prioridade aos programas de ação e de investimentos relacionados com os eixos estratégicos de integração nacional, de abastecimento do mercado interno e de exportação;
 - IV – promover a pesquisa e a adoção das melhores tecnologias aplicáveis aos meios de transporte e à integração destes;
 - V – promover a adoção de práticas adequadas de conservação e uso racional dos combustíveis e de preservação do meio ambiente;
 - VI – estabelecer que os subsídios incidentes sobre fretes e tarifas constituam ônus ao nível de governo que os imponha ou conceda;
 - VII – reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica.
 - VIII - promover o tratamento isonômico nos procedimentos de alfandegamento e das exportações;
 - IX - promover a adoção de ações que facilitem a multimodalidade e a implantação do documento único no desembaraço das mercadorias;
 - X - promover a implantação de sistema eletrônico para entrega e recebimento de mercadorias, contemplando a multimodalidade.

Registre-se que esses princípios e diretrizes, tendo em vista sua natureza geral, continuam sendo aplicáveis no âmbito dos transportes terrestres e aquaviários, a despeito da existência de normas jurídicas específicas, como é o caso da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021), objeto principal do presente estudo.

Outro foco de elevada importância da Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001) é o arcabouço a respeito das modalidades de outorgas dos serviços rodoviários, ferroviários e aquaviários. Seguindo os ditames do art. 21, inciso XII, da Constituição da República (BRASIL, 1988), restaram previstas as possibilidades de outorgas por meio de concessão, permissão e autorização, consoante disposições dos arts. 13 e 14 daquele diploma normativo infraconstitucional.

Esse tomo da Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001) já foi bastante alterado mesmo antes da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) e hoje traz a configuração que se passa a expor.

As outorgas de transportes terrestres e aquaviários serão realizadas sob a forma de concessão quando se tratar de exploração de infraestrutura de transporte público, precedida ou não de obra pública, e de prestação de serviços de transporte associados à exploração da infraestrutura.

Já a permissão deverá ser utilizada quando se tratar de prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual semiurbano de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura. “Regular”, neste caso, tem a ver não com a conformidade em relação às regras de regência, mas com a constância dos serviços, à observância a marcos temporais predefinidos de forma rígida, em oposição àqueles prestados eventualmente, sem essa rigidez na predefinição de marcos temporais.

Por fim, a autorização será a forma cabível quando se tratar de: a) prestação não regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros, vedada a venda de bilhete de passagem; b) prestação de serviço de transporte aquaviário; c) exploração de infraestrutura de uso privativo; e d) prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura.

Tentando oferecer esclarecimentos sobre a relação entre modais e os tipos de outorga pertinentes, o art. 14 da Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001) enuncia que, ressalvado

o disposto em legislação específica, depende de concessão a exploração das ferrovias, das rodovias, das vias navegáveis e dos portos organizados que compõem a infraestrutura do SNV. Lado outro, depende de autorização: a) o transporte rodoviário de passageiros, sob regime de afretamento; b) a construção e a exploração das instalações portuárias de que trata o art. 8º da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória n. 595, de 6 de dezembro de 2012; c) o transporte aquaviário; e d) transporte rodoviário coletivo regular interestadual e internacional de passageiros, que terá regulamentação específica expedida pela ANTT. Ao final, dependerá de permissão o transporte rodoviário coletivo regular interestadual semiurbano de passageiros.

O § 1º do art. 14 da Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001) ainda faz uma importante lembrança: “as outorgas de concessão ou permissão serão sempre precedidas de licitação, conforme prescreve o art. 175 da Constituição Federal”. Essa é uma das principais distinções gerais entre os regimes da concessão e da autorização, a desnecessidade de prévia licitação.

Em verdade, a autorização, classicamente, era entendida como um ato precário, unilateral e discricionário que possibilitava o exercício de alguma atividade com repercussão significativa no interesse público, mas vem assumindo cada vez mais uma natureza estável, bilateral e vinculada, características que a aproximam de uma concessão tradicional (NESTER, 2017).

No entanto, algumas diferenciações ainda são bem marcantes quanto à concessão, à permissão e à autorização, considerando o disposto sobre as duas primeiras na Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995) e na própria Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001) sobre todas elas: rigidez da política tarifária, reversibilidade dos bens ao concedente – vez que são considerados públicos –, e intervenção administrativa direta do concedente na outorga.

Essas diferenças fazem com que as concessões tenham um fardo regulatório muito mais expressivo que aquele inerente às autorizações. Nas autorizações, o regulador, se comparada sua atuação àquela que ocorre na concessão, afasta-se um tanto mais dos meandros da atividade outorgada ao particular, deixando que o próprio mercado, ancorado na concorrência entre os diversos agentes econômicos existentes, aja com maior liberdade para suprir as necessidades dos usuários (NESTER, 2017). Assim, nas concessões há comumente uma utilização mais frequente das aludidas

estratégias regulatórias de C&C (*hard regulation* ou regulação como uma luz vermelha), ao passo que nas autorizações são utilizadas técnicas incentiva ou desincentivantes mais suaves (*soft regulation* ou regulação como uma luz verde), também já mencionadas anteriormente.

De todo modo, percebe-se com considerável facilidade que a assimetria regulatória, mesmo no plano infraconstitucional, não é uma exclusividade do modal ferroviário. Uma leitura atenta da Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001) desvela que há assimetrias regulatórias derivadas da possibilidade de utilização dos regimes de outorga de concessão, permissão e autorização, também nos setores de transporte rodoviário interestadual de passageiro e do transporte aquaviário.

No caso do transporte rodoviário de passageiros, a assimetria se dá entre atividades outorgadas por permissão, qual seja, o transporte coletivo interestadual semiurbano de passageiros, e atividades outorgadas por autorização, o transporte interestadual de passageiros em geral. O transporte semiurbano é, segundo o art. 3º, caput, inciso XXVI, do Decreto n. 2.521 (BRASIL, 1998), o “serviço de transporte público coletivo entre Municípios de diferentes Unidades Federativas que possuam características de transporte urbano”. Ele ocorre normalmente em conurbações que transpõem as divisas de Estados ou do Distrito Federal. Vê-se que a assimetria regulatória, nesse setor, tem por base as características do serviço prestado. Não se ignora que mesmo entre atividades autorizadas de transporte rodoviário interestadual de passageiros existem assimetrias regulatórias, mas entrar em detalhes sobre tal tema seria extrapolar os limites do presente trabalho.

Passando ao caso do setor portuário, coube a outro diploma legal, a Lei n. 12.815 (BRASIL, 2013), esmiuçar a questão da autorização como forma de outorga, nos termos de seu art. 8º:

Art. 8º Serão exploradas mediante autorização, precedida de chamada ou anúncio públicos e, quando for o caso, processo seletivo público, as instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado, compreendendo as seguintes modalidades:

I - terminal de uso privado;

II - estação de transbordo de carga;

III - instalação portuária pública de pequeno porte;

IV - instalação portuária de turismo.

Observa-se que no setor portuário também há uma assimetria regulatória, vez que outorgas relativas a portos organizados, considerados bens públicos, serão feitas mediante concessão, conforme art. 14 da Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001), ao passo que

instalações portuárias fora da área de portos organizados poderão ser exploradas mediante autorização, nos termos da Lei n. 12.815 (BRASIL, 2013). Desse modo, a assimetria regulatória nesse setor é delimitada geograficamente pela poligonal do porto organizado, não havendo mais qualquer distinção acerca do tipo da carga a ser transportada, se própria ou de terceiros (GARCIA; VÉRAS, 2014).

Seguindo na área de transportes, mas em seu segmento aéreo, também existem assimetrias regulatórias dignas de nota. A referência legal, neste caso, é anterior à atual Constituição da República (BRASIL, 1988), a Lei n. 7.565 (BRASIL, 1986), o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), que, em seu art. 36, caput, inciso IV, permite expressamente que os aeródromos públicos sejam construídos, mantidos e explorados por concessão ou autorização. Por sua vez, a Lei n. 11.182 (BRASIL, 2005), previu, em seu art. 8º, caput, inciso XXIV, como competência da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) justamente “conceder ou autorizar a exploração da infra-estrutura aeroportuária, no todo ou em parte”. Nesse sentido, foram expedidos dois atos normativos regulamentares, o Decreto n. 7.624 (BRASIL, 2011), que versa sobre as concessões, e o Decreto n. 7.871 (BRASIL, 2012), cuidando das autorizações. Neste último, mais precisamente em seu art. 2º, faz-se o recorte que segrega as autorizações das concessões aeroportuárias, senão vejamos:

Art. 2º É passível de delegação por meio de autorização a exploração de aeródromos civis públicos destinados exclusivamente ao processamento de operações de serviços aéreos privados, de serviços aéreos especializados e de táxi-aéreo, conforme definições constantes da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986.

Vale registrar que o art. 180 do CBA fazia a distinção entre concessões e autorizações conforme se tratasse de serviços regulares ou não regulares, nos seguintes termos: “a exploração de serviços aéreos públicos dependerá sempre da prévia concessão, quando se tratar de transporte aéreo regular, ou de autorização no caso de transporte aéreo não regular ou de serviços especializados”. Vale reiterar que o termo “regular”, aqui, assim como já ficou dito sobre os transportes terrestres, deve ser entendido como constante, ao passo que “não regular” serão os eventuais.

Ocorre que a Lei n. 14.368 (BRASIL, 2022), que promoveu uma reforma no CBA, veio a revogar o seu aludido art. 180. No entanto, os citados Decretos n. 7.624 (BRASIL, 2011) e n. 7.871 (BRASIL, 2012) continuam em vigor, mantendo, pois, no setor aéreo, a lógica específica de distinção entre concessão e autorização acima apontada, ainda que apenas no âmbito infralegal.

Mesmo em outras áreas ligadas à infraestrutura existem assimetrias regulatórias. Tal tema não é uma novidade, p. ex., no setor de telecomunicações, em que o serviço telefônico fixo comutado pode ser objeto de outorga por concessão, ao passo que o serviço de telefonia móvel é outorgável por autorização (GROTTI, 2012)

Tornando à Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001), afora as cruciais disposições referidas nas linhas anteriores, cria instituições de inegável relevância na área de transportes. É o caso da ANTT e do DNIT. A primeira funciona como a agência reguladora dos segmentos de exploração de rodovias e ferrovias federais, bem como dos transportes rodoviários e ferroviários de verve federal, enquanto o último possui uma natureza autárquica comum, encarregando-se do gerenciamento das rodovias, ferrovias e hidrovias não concedidas federais. Essas competências serão esmiuçadas mais adiante, juntamente com a de outras instituições relevantes para o setor ferroviário.

Ressalte-se, todavia, que a Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001) vai além da simples organização das outorgas de atividades objeto da *publicatio*, e nisso não se devia das competências legislativas federais sobre transportes. O constituinte originário fez uma clara escolha por uma abordagem sistêmica dos transportes, atribuindo-lhes uma necessidade básica de homogeneização no território nacional e integração entre os diversos modais.

Note-se que a Constituição da República (BRASIL, 1988), no já citado art. 21, inciso XXI, propugna por um sistema nacional de viação, quando o regime constitucional anterior, elencava uma competência federal de elaboração de um plano nacional de viação, que, por óbvio, poderia comportar essa essência sistêmica.

Também no art. 22, caput, inciso IX, da Constituição da República (BRASIL, 1988) fala-se na proposição de diretrizes de uma política nacional de transportes, transcendendo, assim, questões apenas federais.

Para dar atendimento pleno a tais comandos federais, foi editada a Lei n. 12.379 (BRASIL, 2011), que trouxe minudências sobre a organização e o funcionamento do SNV. Em suma, estabeleceu-se ali uma divisão por esferas federativas (prevendo o Sistema Federal de Viação juntamente com os Sistemas de Viação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios), bem como por modais de transportes (criando, no Sistema Federal de Viação, os Subsistemas Rodoviário,

Ferrovário, Aquaviário e Aeroaviário Federais), tratando cada um em separado, mas ressaltando a importância de suas conexões. Em linhas vindouras esse tema será retomado, sob a perspectiva específica do modal ferroviário.

No mais, vale registrar que, sob a perspectiva das operações de transporte em geral, a Lei n. 10.406 (BRASIL, 2002), que institui Código Civil Brasileiro, em seus arts. 730 a 756, disciplina os contratos de transporte de pessoas e bens.

Por fim, assinale-se a existência da Lei n. 13.448 (BRASIL, 2017), que prevê a prorrogação antecipada de contratos de parceria nos setores rodoviário e ferroviário, bem como a relicitação do objeto dos contratos de parceria nestes mesmos setores e ainda no aeroaviário. A Lei n. 13.448 (BRASIL, 2017) ainda possibilita alterações nos contratos de parceria no âmbito ferroviário a fim de solucionar questões operacionais e logísticas, sem olvidar de franquear expressamente à utilização de investimentos cruzados nos setores ferroviário e rodoviário.

3.2. A ordenação setorial ferroviária brasileira

Engendrada uma abordagem geral sobre a legislação referente aos transportes no Brasil, cumpre adentrar nas especificidades das normas alusivas ao modal ferroviário.

Como se viu, o transporte ferroviário está previsto expressamente no art. 21, inciso XII, alínea “d”, da Constituição da República (BRASIL, 1988), que prevê como competência da União “os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território”.

Embora a junção com o modal aquaviário no citado art. 21, inciso XII, alínea “d”, da Constituição da República (BRASIL, 1988) possa trazer algumas dúvidas sobre a abrangência das competências federais, a Lei n. 12.379 (BRASIL, 2011), lei do SNV, ao trazer disposições específicas sobre o Subsistema Ferroviário Federal (SFF) torna mais clara essa questão, ao enunciar, em seu art. 20, o seguinte:

Art. 20. O Subsistema Ferroviário Federal é constituído pelas ferrovias existentes ou planejadas, pertencentes aos grandes eixos de integração interestadual, interregional e internacional, que satisfaçam a pelo menos um dos seguintes critérios:
I - atender grandes fluxos de transporte de carga ou de passageiros;
II - possibilitar o acesso a portos e terminais do Sistema Federal de Viação;

III - possibilitar a articulação com segmento ferroviário internacional;
IV - promover ligações necessárias à segurança e à economia nacionais.
Parágrafo único. Integram o Subsistema Ferroviário Federal os pátios e terminais, as oficinas de manutenção e demais instalações das ferrovias outorgadas pela União.

O dispositivo acima transcrito revela a existência de critérios dotados de menor ou maior objetividade para que determinado componente possa ser considerado federal.

Quanto aos de menor objetividade, tem-se o atendimento a grandes fluxos de transporte de carga e passageiros, bem como a promoção de ligações necessárias à segurança e à economia nacionais. São critérios dotados de subjetividade, mesmo porque versam sobre questões dinâmicas. Os fluxos de transporte, por exemplo, podem ser alterados com o passar do tempo, em virtude da criação ou extinção de polos geradores ou receptores de carga ou mesmo de deslocamento de pessoas, assim como circunstâncias de ameaça à segurança nacional.

Quanto aos critérios de maior objetividade, tem-se o acesso a portos e terminais do Sistema Federal de Viação, bem como a articulação com segmento ferroviário internacional. Note-se que mesmo o acesso a portos e terminais podem ser flexibilizados, vez que tais componentes, como visto, podem ser delegados a entes subnacionais. Já quanto à conexão com segmentos ferroviários internacionais, por se vincular com uma questão de soberania nacional, detém a natureza federal mais inflexível das hipóteses legais em tela.

De todo modo, fica claro que, em determinadas hipóteses, é possível que haja serviços de transporte ferroviário de cunho subnacional. A própria Lei n. 12.379 (BRASIL, 2011) previu, em seu art. 23-A, inciso V, que as ferrovias podem ser classificadas, quanto à competência, em federais, estaduais, distritais ou municipais. Já existem inclusive previsões em normas estaduais sobre tal assunto. É o caso das Leis n. 8.908 (PARÁ, 2019), n. 23.748 (MINAS GERAIS, 2020), n. 21.330 (PARANÁ, 2022), n. 5.983 (MATO GROSSO DO SUL, 2022), n. 17.612 (SÃO PAULO, 2022) e da Lei Complementar n. 685 (MATO GROSSO, 2021).

Nesse norte, uma leitura atenta da Lei n. 12.379 (BRASIL, 2011) revela que, ao contrário do que ocorre em outros modais, não há previsão normativa expressa e específica acerca da delegação de ferrovias federais a entes subnacionais, muito embora seja aplicável ao caso o disposto no art. 12, inciso I, da Lei n. 10.233 (BRASIL,

2001), que, conforme visto em linhas anteriores, prevê como diretriz geral do gerenciamento da infraestrutura e da operação do transporte terrestre – incluído, por óbvio, o ferroviário – “descentralizar as ações, sempre que possível, promovendo sua transferência a outras entidades públicas, mediante convênios de delegação”.

Igualmente, não existe na Lei n. 12.379 (BRASIL, 2011) previsão normativa expressa e específica acerca da federalização de ferrovias subnacionais, como ocorre com o modal rodoviário, por força do art. 19 de tal diploma legal. De todo modo, essa medida seria juridicamente possível por meio do uso de instrumentos comuns de transferência gratuita ou onerosa de bens públicos entre pessoas jurídicas de direito público interno, na forma da legislação sobre avenças dessa natureza. Tal lacuna normativa deriva do fato de que a existência de ferrovias subnacionais não era um fenômeno significativo na época da edição das principais normas que regem o setor. Contudo, a depender de como se dê a expansão do instituto da outorga de serviços ferroviários nesses entes federativos, é possível que a federalização venha a contar com previsão normativa específica.

No mais, a Lei n. 12.379 (BRASIL, 2011), em seu art. 21, traz uma classificação básica das ferrovias integrantes do SFF, apontando as seguintes categorias: a) longitudinais; b) transversais; c) diagonais; d) de ligação; e e) de acesso. As três primeiras são de definição intuitiva, de acordo com sua orientação geográfica, já as duas últimas merecem explicações complementares. As ferrovias de ligação, nos termos da Lei n. 12.379 (BRASIL, 2011), são aquelas orientadas em qualquer direção e não enquadradas nas demais categorias, “ligam entre si ferrovias importantes do País, ou se constituem em ramais coletores regionais”. Não há, porém, definição do que seriam ferrovias importantes ou ramais coletores regionais. No que tange às ferrovias de acesso, a mesma lei pronuncia que seriam as que, orientadas em qualquer direção e não enquadradas nas outras categorias elencadas, “ligam entre si pontos de origem ou destino de cargas ou de passageiros”. Bem se percebe que se trata de uma definição genérica, que pouco contribui para diferenciar esta categoria de ferrovias das demais.

Observe-se ainda que a Lei n. 12.379 (BRASIL, 2011) ainda possui um importante dispositivo, o art. 24, que trata da desativação de trechos ferroviários nos seguintes termos:

Art. 24. É a União autorizada a desativar trechos ferroviários de tráfego inexpressivo para os quais não haja operadores interessados na outorga.
Parágrafo único. Decorridos 5 (cinco) anos da decretação da desativação, a faixa de domínio do trecho desativado poderá ser erradicada e utilizada apenas para finalidades que não impeçam sua posterior reutilização como ferrovia.

Se por um lado tal enunciado, no caput, possibilita que a União desative trechos ferroviários que não despertem interesse de exploração, por outro lado, o parágrafo único cria um lapso temporal quinquenal para que esses trechos desativados venham a ser erradicados, mas com a ressalva de que sejam utilizados apenas para finalidades que não impeçam sua utilização ulterior novamente como ferrovia. Essa restrição poderá, de fato, facilitar a retomada de empreendimentos ferroviários, mas gerará entraves para a gestão patrimonial dos bens imóveis egressos de ferrovias federais, o que pode onerar os cofres públicos por um intervalo de tempo indefinido.

Saindo da esfera inerente apenas à infraestrutura ferroviária e passando a gravitar também o transporte ferroviário em si, no âmbito federal, é preciso retornar à Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001), já que, como visto, as linhas normativas gerais desse tema lá estão, notadamente quanto à arquitetura institucional pública que incide sobre o setor.

Sob esta perspectiva, a Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001) prevê competências específicas sobre ferrovias inicialmente da ANTT, como agência reguladora de tal mercado. Segundo o art. 22, caput, desse diploma legal, constituem a esfera de atuação da agência: a) o transporte ferroviário de passageiros e cargas ao longo do Sistema Nacional de Viação; b) a exploração da infraestrutura ferroviária e o arrendamento dos ativos operacionais correspondentes; c) o transporte de cargas especiais e perigosas em ferrovias. O art. 25 da mesma Lei ainda é mais incisivo, dispondo que:

Art. 25. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Ferroviário:
I - publicar os editais, julgar as licitações e as seleções e celebrar os contratos para exploração indireta de ferrovias, permitida sua vinculação com contratos de arrendamento de ativos ou concessão de uso;
II – administrar os contratos de concessão e arrendamento de ferrovias celebrados até a vigência desta Lei, em consonância com o inciso VI do art. 24;
III – publicar editais, julgar as licitações e celebrar contratos de concessão para construção e exploração de novas ferrovias, com cláusulas de reversão à União dos ativos operacionais edificados e instalados;
IV – fiscalizar diretamente, com o apoio de suas unidades regionais, ou por meio de convênios de cooperação, o cumprimento das cláusulas contratuais

de prestação de serviços ferroviários e de manutenção e reposição dos ativos arrendados;

V - regular e coordenar a atuação dos concessionários, permissionários e autorizatários, de modo a assegurar a neutralidade com relação aos interesses dos usuários e dos clientes, orientar e disciplinar a interconexão entre as diferentes ferrovias, e arbitrar as questões não resolvidas pelas partes ou pela autorregulação;

VI – articular-se com órgãos e instituições dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para conciliação do uso da via permanente sob sua jurisdição com as redes locais de metrô e trens urbanos destinados ao deslocamento de passageiros;

VII - contribuir para a preservação do patrimônio histórico e da memória das ferrovias, em cooperação com as instituições associadas à cultura nacional, de modo a orientar e estimular a participação das empresas outorgadas do setor;

VIII - regular os procedimentos e as condições para cessão a terceiros de capacidade de tráfego disponível na ferrovia explorada em regime público, de modo a orientar e disciplinar o tráfego mútuo e o direito de passagem;

IX - supervisionar as associações privadas de autorregulação ferroviária, cuja criação e cujo funcionamento reger-se-ão por legislação específica.

Parágrafo único. No cumprimento do disposto no inciso V do caput deste artigo, a ANTT estimulará a formação de conselhos de usuários, no âmbito de cada ferrovia explorada em regime público, para a defesa de interesses relativos aos serviços prestados.

Como se vê, as competências regulatórias da ANTT são amplas no que toca ao transporte ferroviário, indo do gerenciamento de contratos de concessão até a preservação do patrimônio histórico e da memória das ferrovias, passando pela coordenação dos interesses dos diversos agentes econômicos outorgados, bem como pela articulação com entes subnacionais. Abrange inclusive o exercício do poder normativo para “dispor sobre as infrações, sanções e medidas administrativas aplicáveis aos serviços de transportes”, na dicção do art. 24, caput, inciso XVIII, da Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001). Essa amplitude das competências da ANTT faz com que a agência deva exercer o papel central da regulação ferroviária.

No entanto, outros atores também são dignos de nota, tendo em vista suas relevantes atribuições a respeito da infraestrutura ferroviário e do transporte que ali se opera. O primeiro deles é o DNIT, criado pela mesma Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001), que em seu art. 82, caput, IV, V, XIII a XV, XVII, indica expressamente competências acerca de ferrovias e transporte ferroviário. Os referidos incisos IV e V cuidam da competência para administrar, diretamente ou por meio de convênios de delegação ou cooperação, os programas de operação, manutenção, conservação, restauração e reposição de ferrovias, bem como, conseqüentemente, seus projetos e obras de construção e ampliação. Todas as demais competências são, de algum modo, decorrentes destas duas principais, tais como: “desenvolver estudos sobre transporte

ferroviário ou multimodal envolvendo estradas de ferro” (inciso XIII); “projetar, acompanhar e executar, direta ou indiretamente, obras relativas a transporte ferroviário ou multimodal, envolvendo estradas de ferro do Sistema Federal de Viação, excetuadas aquelas relacionadas com os arrendamentos já existentes” (inciso XIV); “estabelecer padrões, normas e especificações técnicas para a elaboração de projetos e execução de obras viárias relativas às estradas de ferro do Sistema Federal de Viação” (inciso XV); exercer o controle patrimonial e contábil dos bens operacionais na atividade ferroviária outorgada, sobre os quais será exercida a fiscalização pela ANTT, bem como dos bens não-operacionais que lhe forem transferidos (inciso XVII).

Os §§ 1º e 4º do mesmo art. 82 da Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001) ainda tangenciam outras questões relevantes. O primeiro deixa claro que as atribuições a que se refere o caput não se aplicam aos elementos da infraestrutura arrendados ou outorgados para exploração indireta pela ANTT. Já o § 4º impõe a celebração de um instrumento de cooperação para o controle patrimonial de que trata o inciso XVII acima mencionado, pontuando que se cuida de uma responsabilidade também da ANTT.

O DNIT, portanto, tem competências tanto para operar o transporte ferroviário quanto para construir, manter, conservar e repor estradas de ferro integrantes do SFF. Interessante observar, porém, que, conquanto possua tais competências, caso viesse a efetivamente exercê-las não estaria subordinado às normas regulatórias da ANTT, já que não se cuida de atuação derivada de outorga, mas de cominação da própria lei.

O mesmo não ocorre com a VALEC - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A, sociedade por ações controlada pela União, transformada em empresa pública pela Lei n. 11.772 (BRASIL, 2008), que, por meio de seus arts. 5º e 6º, também outorga a ela as ferrovias EF-151, EF-267, EF-334 e EF-354, conhecidas, respectivamente, como Ferrovia Norte-Sul, Ferrovia do Pantanal, Ferrovia Integração Oeste-Leste (FIOL) e Ferrovia de Integração Centro-Oeste (FICO). O parágrafo único do art. 6º da Lei n. 11.772 (BRASIL, 2008) chega a enunciar expressamente que as referidas outorgas deverão ser formalizadas mediante contrato de concessão com a ANTT. Tem-se, portanto, outorgas, ainda que derivadas diretamente da lei, de modo que à submissão à regulação da ANTT é inquestionável.

De todo modo, as competências da VALEC são similares às do DNIT no que pertine a ferrovias, envolvendo tanto a operação do transporte ferroviário quanto a

construção de ferrovias em si, como se depreende do art. 9º da Lei n. 11.772 (BRASIL, 2008). O DNIT, vale ressaltar, não poderá atuar nas ferrovias outorgadas à VALEC, já que, conforme ficou exposto em linhas anteriores, às atribuições daquela entidade autárquica federal não compreendem as infraestruturas de transportes outorgadas, por força do art. 82, § 1º, da Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001).

Não se ignora que a VALEC recentemente incorporou a Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL), cuja criação foi autorizada pela Lei n. 12.743 (BRASIL, 2012), em alteração da Lei n. 12.404 (BRASIL, 2011), que, por sua vez, autorizara a criação da Empresa de Transporte Ferroviário de Alta Velocidade S.A. (ETAV). Sabe-se que, com o insucesso da implantação de um transporte de alta velocidade pela referida empresa pública, esta foi transformada na EPL, cujas atribuições passaram orbitar muito mais a elaboração de estudos e planos sobre infraestrutura de transportes em geral, ainda que conserve algumas competências residuais acerca do transporte ferroviário de alta velocidade, segundo se depreende da atual redação do art. 5º da Lei n. 12.404 (BRASIL, 2011).

Tal incorporação, entretanto, se deu apenas no plano negocial até o momento, adotando-se o nome comercial de Infra S.A., com base na autorização concedida pelo Decreto n. 11.081 (BRASIL, 2022), já que as aludidas leis que autorizam a criação da Valec e da EPL estão em vigor, segregando e mantendo hígdas as suas respectivas competências.

A interação de todas estas entidades da administração indireta exige, logicamente, a coordenação e a supervisão de um órgão ministerial, no caso, o atual Ministério dos Transportes (MT), cujas atribuições estão previstas no art. 47 da Medida Provisória n. 1.154 (BRASIL, 2023), envolvendo, no que diz respeito ao setor ferroviário: a) a política nacional de transportes ferroviário; b) a participação no planejamento estratégico, no estabelecimento de diretrizes para sua implementação e na definição das prioridades dos programas de investimentos em transportes ferroviário, em articulação inclusive com o Ministério de Portos e Aeroportos (MPA); e c) o desenvolvimento da infraestrutura e da superestrutura ferroviária no âmbito de sua competência, com a finalidade de promover a segurança e a eficiência do transporte de cargas e de passageiros.

Não se olvide que a coordenação e a supervisão ministerial têm assento expresso no art. 87, parágrafo único, inciso I, da Constituição da República (BRASIL,

1988), razão pela qual deve conviver harmonicamente com a autonomia as entidades vinculadas, máxime a ANTT, dotada da autonomia dilatada concedida por lei às agências reguladoras.

Essas funções ministeriais, por vezes, podem levar à expedição de instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos, conforme o art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição da República (BRASIL, 1988) ou mesmo a subsidiar o exercício do poder regulamentar da Presidência da República, com esteio no art. 84, caput, incisos IV e VI, também da Constituição da República (BRASIL, 1988). O objetivo de tais medidas deve ser a fiel execução das leis de sua alçada, bem como dispor sobre a organização e o funcionamento de seus entes vinculados, especialmente após a promulgação de novos marcos regulatórios.

Outro órgão de elevada importância no contexto da desestatização de serviços públicos é o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI). Criado pela Lei n. 13.334 (BRASIL, 2016), esse órgão, conforme o art. 1º do mencionado diploma legal, veio a ser “destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização”. Cabe ao PPI, por meio de seu Conselho, aprovar diversas medidas nesse sentido.

Tendo em vista essa função de relacionamento com agentes privados, o Conselho do PPI assumiu as competências do antigo Conselho Nacional de Desestatização (CND), por força do art. 7º, caput, inciso V, alínea “c”, da mesma Lei n. 13.334 (BRASIL, 2016). O CND era o órgão central do Programa Nacional de Desestatização, reorganizado pela Lei n. 9.491 (BRASIL, 1997), cujo art. 2º, § 2º, alínea “b”, reza que se considera desestatização “a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade”.

Essa transferência, nos termos do caput, inciso III, do mesmo art. 2º, bem como do art. 4º, caput, inciso VI, da Lei n. 9.491 (BRASIL, 1997), pode ser dar por concessão, permissão ou autorização. enuncia que conforme se extrai do art. 2º, caput, inciso III, da Lei n. 9.491 (BRASIL, 1997). Assim, o art. 6º, § 2º, prevê que o CND – atualmente o Conselho do PPI – pode baixar normas regulamentadoras da desestatização de serviços públicos, objeto de concessão, permissão ou autorização,

bem como determinar sejam adotados procedimentos previstos em legislação específica, conforme a natureza dos serviços a serem desestatizados.

Obviamente, tal competência não deve se imiscuir nas atribuições legais conferidas especificamente às agências reguladoras sobre desestatização, mas subsiste, no âmbito do Conselho do PPI, funções genéricas sobre a normatização da desestatização que devem ser observadas por todo o Poder Executivo federal.

Ainda no contexto da desestatização de serviços públicos, não se pode deixar de mencionar o Tribunal de Contas da União (TCU), órgão vinculado ao Poder Legislativo federal, dotado de autonomia equiparável em muitos aspectos à do Poder Judiciário. Suas competências básicas estão previstas no próprio texto da Constituição da República (BRASIL, 1988), mais precisamente em seu art. 71, entre as quais se destaca a constante no inciso IV:

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II.

As competências da Corte de Contas federal foram detalhadas na Lei n. 8.443 (BRASIL, 1992).

Esse plexo normativo permite que o TCU, além de realizar auditorias das mais variadas espécies nas unidades administrativas do Poder Executivo, incluindo todos órgãos e entidades acima mencionados envolvidos no gerenciamento da infraestrutura ferroviária brasileira, ainda aprecia previamente planos de outorga para desestatização de serviços públicos. Neste último caso, o procedimento restou definido pela Instrução Normativa n. 81 (BRASIL, 2018).

Munido desse ferramental de controle, o TCU, em que pesem algumas críticas sobre a observância dos limites de sua competência, vem gerando importantes contribuições para o setor ferroviário brasileiro, aperfeiçoando os procedimentos de desestatização nessa área e mesmo realizando auditorias operacionais com foco nas inovações implementadas nos marcos regulatórios respectivos, como se demonstrará a adiante.

Fechando o arcabouço da ordenação setorial ferroviária, cumpre citar a Lei 14.273 (BRASIL, 2021), o mais recente marco regulatório desse mercado. Por ser o

objeto principal do presente estudo, a ela será dedicado todo o capítulo seguinte, abordando inclusive o seu ato regulamentador, o Decreto n. 11.245 (BRASIL, 2022).

Na seara infraconstitucional, aliás, cabe lembrar do Decreto n. 1.832 (BRASIL, 1996), que aprova o Regulamento dos Transportes Ferroviários, o primeiro marco normativo expedido na atual ordem constitucional especificamente sobre o tema. Conquanto seja inegável seu anacronismo em decorrência da promulgação das diversas leis acima mencionadas acerca do transporte ferroviário, ainda possui vários dispositivos em vigor.

Recorde-se, em tempo, também do Decreto n. 2.681 (BRASIL, 1912), que, a despeito de sua longevidade no ordenamento jurídico pátrio, continua a reger a responsabilidade civil dos operadores de ferrovias.

4. Assimetria regulatória no transporte ferroviário brasileiro, à luz da Lei n. 14.273, de 2021

4.1. A Lei n. 14.273, de 2021, e suas inovações

De início, é preciso ter em mente que a Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) é o último estágio, até este momento, de uma série evolutiva de transformações no setor ferroviário brasileiro. Assim, mostra-se oportuno fazer uma breve contextualização histórica, para que se entenda como se chegou a este panorama atual.

No Brasil, a primeira ferrovia foi inaugurada em 1854, ainda no período imperial, amparada pela Lei de 29 de agosto de 1828, conhecida como Lei José Clemente (BRASIL, 1828), que possibilitava a realização, pela iniciativa privada, de obras de infraestrutura no país, e, mais especificamente, pelo Decreto n. 101 (BRASIL, 1835), chamado de Decreto Feijó, que autorizava a concessão dos direitos de exploração relativos a estrada de ferro que ligasse a Capital do Rio de Janeiro a Minas Geraes, Rio Grande do Sul e Bahia.

Durante o Império, houve um crescimento significativo da malha ferroviária, mas sem que houvesse qualquer planificação pública mais detalhada. Desse modo, as estradas de ferro daquela época tinham traçados sobremaneira sinuosos, para fazerem jus a maiores incentivos públicos conferidos por léguas ou quilômetros de malha postos em operação, além do que não possuíam maior padronização construtiva em geral, como p. ex., da bitola (distância entre as partes internas dos trilhos) utilizada (ACIOLI, 2007).

No entanto, com as diversas crises globais ocorridas no século XX, tais como as duas Grandes Guerras, entremeadas pela quebra da Bolsa de Nova Iorque, os investimentos privados escassearam, criando um cenário propício para que governos com vieses estatizantes fizessem com que a exploração da infraestrutura ferroviária passasse a se dar predominantemente por meio da atuação de empresas estatais (ACIOLI, 2007).

No início dos anos 1990, porém, a empresa estatal encarregada de grande parte dessa atividade, a Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima (RFFSA), foi dissolvida, em decorrência da grave crise fiscal que assolava o país desde a década anterior (RAMALHO, 2022). A malha ferroviária existente foi então dividida em sete

fragmentos regionais, objetos de contratos de concessão celebrados com particulares mediante prévia licitação.

Neste ponto é importante destacar que as ferrovias, tendo em vista a inviabilidade econômica de replicação da infraestrutura, podem ser consideradas monopólios naturais, atividades que são exercidas de forma economicamente mais eficiente por apenas um agente econômico, ainda que possam apresentar resultados redistributivos ou universalizantes indesejados, daí advindo a necessidade de regulação (DAYCHOUM; SAMPAIO, 2017).

Essa particularidade faz com que existam dois modelos básicos de exploração da infraestrutura ferroviária, o vertical e o horizontal. No vertical, a exploração se dá em caráter predominantemente direto e exclusivo pelo detentor da infraestrutura, havendo, portanto, uma integração entre operação da infraestrutura e do transporte; já no horizontal essa exclusividade ou integração é afastada, de modo que a exploração possa ser feita, em regra, por agente diferente do detentor dessa infraestrutura (DAYCHOUM; SAMPAIO, 2017).

Os contratos de concessão ferroviários brasileiros herdaram a estrutura verticalizada de operação, advinda da precedente exploração monopolista estatal (RIBEIRO, 2014), mesmo porque tais outorgas foram anteriores ao segundo marco normativo moderno – após 1988 – do setor ferroviário, a já citada Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001), que poderia ter previsto, de saída, uma estrutura de operação diferente. Essa circunstância temporal, contudo, foi decisiva para conduzir a Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001) a apenas replicar o modelo que já estava encartado nos contratos de concessão celebrados antes de sua vigência (MÉLO FILHO, 2022).

Para resolver essa questão e conferir um caráter redistributivo e universalizante aos serviços de transporte ferroviário no país, o Decreto n. 1.832 (BRASIL, 1996) já previra expressamente em seu art. 6º que as denominadas Administrações Ferroviárias “são obrigadas a operar em tráfego mútuo ou, no caso de sua impossibilidade, permitir o direito de passagem a outros operadores”. Algumas explicações a tal disposto são necessárias.

Primeiramente, pontue-se que, nos termos do art. 1º, parágrafo único, alínea “b”, do Decreto n. 1.832 (BRASIL, 1996), entende-se por Administração Ferroviária “a empresa privada, o órgão ou entidade pública competentes, que já existam ou venham

a ser criados, para construção, operação ou exploração comercial de ferrovias”. Abarcava, portanto, tanto entidades estatais quanto agente econômicos privados atuantes no setor.

No mais, o Decreto n. 1.832 (BRASIL, 1996) sequer definiu o que seriam tráfego mútuo e direito de passagem, sendo que até a edição da Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001), não havia previsão legal para existência de uma agência reguladora para o mercado de transporte ferroviário, sendo tal atribuição exercida à época pelo Ministério dos Transportes. O tráfego mútuo e o direito de passagem são mecanismos de compartilhamento – desverticalização ou *unbundling* – da malha ferroviária, sendo que o primeiro consiste na possibilidade de um terceiro trafegar por via permanente de uma ferrovia utilizando os recursos operacionais (material rodante, pessoal, sistemas de sinalização e comunicação) do agente econômico responsável por gerir tal malha ferroviária; já o segundo significa essa mesma possibilidade de tráfego em via férrea por terceiro, mas sem nem mesmo utilizar recursos operacionais do responsável pelo gerenciamento da ferrovia (DAYCHOUM; SAMPAIO, 2017). Essa questão atualmente é tratada na Resolução n. 5.943 da ANTT (BRASIL, 2021).

A Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001) foi igualmente lacônica a respeito do tráfego mútuo e do direito de passagem, trazendo apenas uma menção a tais institutos em seu art. 25, aduzindo que, no que se refere ao transporte ferroviário, competia à ANTT:

Regular e coordenar a atuação dos concessionários, assegurando neutralidade com relação aos interesses dos usuários, orientando e disciplinando o tráfego mútuo e o direito de passagem de trens de passageiros e cargas e arbitrando as questões não resolvidas pelas partes.

Assim, o compartilhamento da malha ferroviária, a princípio, se resumira à interação entre os concessionários de ferrovias, permitindo, em tese, o fluxo do transporte por esse modal entre as malhas das diversas regiões do país.

Entretanto, segundo Reis (2019), esse compartilhamento ocorre predominantemente entre concessionárias do mesmo grupo econômico, o que implica em um alcance limitado para fins de ampliação da concorrência intramodal ferroviária.

Assim, em que pese o sucesso da desestatização na transferência do ônus do investimento em conservação e modernização da malha ferroviária do país, a baixa concorrência intramodal inibiu a expansão do modal, culminando na defasagem de sua participação na matriz de transportes brasileira – verificada ainda hoje –, frente

sobretudo ao modal rodoviário (RIBEIRO, 2014). Isso denota uma evidente falha regulação na elaboração das normas de regência, embora não se consiga precisar com facilidade em qual das modalidades ventiladas anteriormente.

Tal situação levou à reforma da Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001). Isso foi feito por meio da já citada Lei n. 12.743 (BRASIL, 2012), que, além autorizar, como dito, a criação da EPL, inseriu dispositivos nos mencionados arts. 13 e 14 da Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001), criando a figura do operador ferroviário independente (OFI).

Este poderia, mediante outorga por autorização, executar o transporte ferroviário de cargas de forma horizontalizada, ou seja, sem que estivesse associado concomitantemente à exploração da infraestrutura. Até então a execução dos transportes ferroviários era voltada principalmente à outorga mediante concessão. As redações originais dos arts. 13 e 14, após diversos ajustes, atribuíam à permissão e à autorização apenas os transportes regular e não regular de passageiros, sempre de forma desvinculada da exploração da infraestrutura. Tornava-se possível, naquela ocasião, também a exploração do transporte ferroviário de cargas nesses moldes.

Instituíam-se, com isso, uma assimetria regulatória sem precedentes no setor ferroviário brasileiro, já que a convivência entre os regimes de concessão e autorização passava a alcançar naquele momento também a seara do transporte ferroviário de cargas. Um critério, porém, restava incólume: a necessária desvinculação do autoritário em relação à exploração da infraestrutura.

Essa horizontalidade ainda sofreu uma tentativa de ampliação com a política do livre acesso ao SFF (*open access*), implementada por meio do Decreto n. 8.129 (BRASIL, 2013). Nesse modelo, em suma, haveria a segregação total entre as outorgas para exploração da infraestrutura ferroviária – concessões – e para a prestação de serviços de transporte ferroviário – autorizações a cargo dos OFI –, sendo vedada a exploração concomitante da infraestrutura e do transporte ferroviário. A Valec adquiriria das concessionárias o direito de uso da capacidade de transporte das ferrovias e o venderia aos OFI. A assimetria regulatória do setor ganhava assim novos contornos. No entanto, tal modelo não prosperou e o Decreto n. 8.129 (BRASIL, 2013) foi revogado pouco menos de três anos depois.

Ainda assim, embora a ANTT e os demais atores públicos competentes tenham empenhado consideráveis esforços para ampliar a concorrência intramodal no setor

ferroviário (REIS, 2019), as medidas adotadas não surtiram o efeito esperado, evidenciando mais uma vez uma falha de regulação na elaboração normativa.

Vale consignar que o TCU, entre 2019 e 2021 realizou uma auditoria operacional, sob a relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, para avaliar a efetividade da regulação sobre o compartilhamento da malha ferroviária entre os seus diversos operadores. Como se depreende do Acórdão 787/2021 – Plenário daquela Corte de Contas, o objetivo foi concatenado em três questionamentos: a) a gestão das capacidades existentes no SFF pela ANTT assegura o acesso à infraestrutura pelos interessados em atender às cargas existentes na malha ferroviária? b) a regulação das concessões ferroviárias federais permite a exploração competitiva, isonômica e eficiente no tocante ao acesso de terceiros à infraestrutura concessionada? c) os procedimentos para o estabelecimento de taxas e tarifas operacionais têm permitido o compartilhamento isonômico e eficiente das malhas ferroviárias com os operadores ferroviários e interessados distintos das Concessionárias?

A referida auditoria pontuou como primeiro achado, de acordo com o que consta no Acórdão 787/2021 – Plenário:

143. Devido à assimetria de informação entre as concessionárias e a Agência Reguladora a respeito das reais capacidades existentes nos trechos concessionados e à existência de trechos não alcançados pela regulação da ANTT que se conectam com o Subsistema Ferroviário Federal, o que gera corredores logísticos "não regulados" com capacidades desconhecidas pela Agência, ocorre a deficiência no controle das capacidades realmente existentes nas malhas e nas suas interfaces externas, acarretando falhas no seu papel regulador para que possa intervir e mediar nos casos de disputa por capacidade disponível, além de gerar ineficiência na utilização de ociosidades que não são vistas e tratadas, impactando na subutilização do SFF.

Foram constatadas, pois, deficiências de atuação da ANTT na produção de dados robustos sobre o efetivo uso da malha do SFF, bem como na interface entre os componentes do SFF e os dos demais sistemas ferroviários conexos.

Outro achado constante no Acórdão 787/2021 – Plenário foi que havia “restrição à utilização eficiente das malhas por falta de mecanismos de regulação que eliminem as barreiras à entrada de Operadores não vinculados às atuais concessionárias de transporte ferroviário”, fazendo-se menção inclusive à inexistência de uma lei geral estruturante do setor ferroviário nacional em específico, agravando as dificuldades interpretativas e de regulação das atividades econômicas respectivas.

O último achado da mencionada foi, também segundo o Acórdão 787/2021 – Plenário, “não há valores de referência que deem previsibilidade na avaliação dos custos referentes às taxas e tarifas operacionais relacionadas ao compartilhamento da malha”. Isso acarreta abusos nas tarifas manejadas pelas concessionárias, criando grande dificuldade de mensuração dos custos totais para avaliação de investimentos por parte de novos entrantes, o que resulta em considerável vantagem das concessionárias detentoras de trechos com posição estratégica.

O TCU, dessa maneira, deixara claro que o ferramental regulatório disponibilizado e utilizado pela ANTT não estava produzindo os resultados a contento quanto à exploração competitiva, isonômica e eficiente da malha ferroviária federal.

Havia, portanto, falhas na elaboração de normas regulatórias, que se refletiram em falhas na concretização de tais normas, abrangendo, assim, os dois gêneros de falhas de regulação mencionados em linhas pretéritas deste estudo.

Assim, era cogente a necessidade de dar mais um passo evolutivo na regulação do mercado do transporte ferroviário pátrio, reconfigurando as formas de outorga existentes (FÉLIX; CAVALCANTE FILHO, 2016) (FÉLIX, 2018).

Esse trilhar se iniciou com o Projeto de Lei do Senado n. 261, de 2018, de autoria do Senador José Serra. Coube, então, à Medida Provisória n. 1.065 (BRASIL, 2021) estabelecer um novo marco regulatório para o setor ferroviário nacional. Segundo Mélo Filho (2022),

Com tramitação bastante complicada, em virtude da diversidade e da complexidade dos interesses dos diversos atores interessados, o referido projeto de lei demorou mais do que o esperado para aprovação (o que somente ocorreu em dezembro de 2021), dando ensejo à edição da Medida Provisória n. 1.065, de 30 de agosto de 2021, a qual dispôs sobre a exploração do serviço de transporte ferroviário, o trânsito e o transporte ferroviários, além de ter instituído o Programa de Autorizações Ferroviárias.

Começavam a surgir a já mencionada legislação subnacional sobre ferrovias, o que levou o Poder Executivo a se preocupar justamente com a questão da atuação regulatória na interface do SFF com os demais sistemas ferroviários que a passavam a existir, como apontado pelo TCU no Acórdão 787/2021 – Plenário.

A Medida Provisória n. 1.065 (BRASIL, 2021), embora não tenha se transformado em lei, serviu claramente de inspiração para edição da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021), que, oriunda do Projeto de Lei do Senado n. 261, de 2018, acabou

por concretizar o novel marco regulatório, reproduzindo as principais inovações contidas naquele outro diploma normativo proveniente do Poder Executivo (RAMALHO, 2022). Assim, o Brasil passava contar, desde a inauguração de sua atual ordem constitucional, com um marco regulatório específico para os transportes ferroviários no plano legal. É que, como se viu anteriormente, o primeiro marco regulatório do setor se deu no plano infralegal com o Decreto n. 1.832 (BRASIL, 1996), ao passo que o segundo marco regulatório tratava de modo conglobante o transporte terrestre – ferroviário e rodoviário – e ainda o transporte aquaviário.

Imbuída da essência de um novo marco regulatório, a Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021), logo em seu art. 2º, traz um rol de competências federais sobre o transporte ferroviário, em cotejo com as disposições constitucionais e com as próprias inovações produzidas pelo próprio diploma legal. A primeira competência apontada é o estabelecimento de normas para a segurança do trânsito e do transporte ferroviários em todo o território nacional. As demais competências se referem às atribuições regulatórias das ferrovias integrantes do SFF e do transporte ali realizado, bem como da fiscalização da segurança do trânsito ferroviário.

Ainda no art. 2º, especificamente no seu § 1º, tem-se a salutar previsão de que “compete aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a outorga do serviço de transporte ferroviário das ferrovias que compõem seus respectivos sistemas de viação”. Já no § 2º do mesmo art. 2º vê-se a previsão de que “a União pode delegar a exploração dos serviços de que trata o inciso II do caput deste artigo aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios”.

As disposições dos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) preenchem uma lacuna do ordenamento jurídico brasileiro, antes superável apenas por meio da aplicação de normas gerais. Além disso, revelam que, tal como a Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001), possuem uma parcial vertente de lei nacional, ainda que diminuta, juntamente com uma vertente federal, de maior porte em suas disposições.

O art. 3º da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021), por sua vez, traz uma série de definições para fins de aplicação da própria Lei e de sua regulamentação. Algumas dessas definições são inéditas no plano legal, muitas vezes já sinalizando as inovações trazidas, como é o caso do agente transportador ferroviário; da operadora ferroviária – que substitui a nomenclatura “Administração Ferroviária” constante no

Decreto n. 1.832 (BRASIL, 1996) –; serviços acessórios; serviços associados; usuário ferroviário; e usuário investidor. Voltar-se-á às principais destas definições adiante.

Já o art. 4º da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) proclama os princípios política setorial, a construção, a operação, a exploração, a regulação e a fiscalização das ferrovias em território nacional, enquanto o art. 5º do mesmo diploma legal cuida das diretrizes de exploração econômica das ferrovias. Bem se percebe uma comunicação destes postulados com os já mencionados princípios e diretrizes gerais do gerenciamento da infraestrutura e das operações de transportes terrestres constantes nos art. 11 e 12 da Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001), sem deixar de contemplar, porém, especificidades do modal ferroviário.

O art. 6º da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021), por seu turno, introduz a distinção propriamente dita dos regimes de exploração das ferrovias, enunciando uma classificação basal destas quanto à espécie (carga e passageiros), ao transportador (vinculado e desvinculado da gestão da infraestrutura) e ao regime em si de execução (direito público e direito privado). Esta última segregação se vale também de uma terminologia nova na ordenação ferroviária brasileira, que, até então se pautava apenas pela modalidade de outorga dos serviços (autorização, permissão e concessão).

Quanto ao art. 7º, caput, da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021), reproduz parcialmente o art. 21, inciso XII, alínea “d”, da Constituição da República, no sentido de que a exploração estatal das ferrovias pode se dar de forma direta ou indireta, neste último caso por meio de autorização ou concessão, estendendo tal disposição também para entes subnacionais. O detalhe a ser notado neste ponto é a ausência de previsão da permissão como forma de outorga.

É somente no art. 8º da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) que se faz a conexão entre os regimes de exploração indireta das ferrovias e as modalidades de outorga: o regime privado se dará por autorização; o regime público por concessão. O § 1º deste dispositivo impõe que as outorgas sejam todas consubstanciadas em contrato com obrigações específicas, inclusive em adição àquelas constantes na lei e nos regulamentos aplicáveis. No § 2º diz-se que “à exploração de ferrovias em regime privado é garantida a liberdade de preços”. O § 3º aduz que a repressão a práticas anticompetitivas e ao abuso do poder econômico na exploração indireta de ferrovias cabe concomitantemente aos órgãos e entidades de defesa da concorrência e ao

regulador ferroviário, preceito que era extraível dos arts. 22, inciso II, alínea “b, e 31, ambos da Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001). Por fim, o § 4º assegura que poderá haver mais de uma outorga ferroviária com os mesmos pares de origem e destino ou ainda na mesma região geográfica.

Chegando ao art. 9º, a Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) cuida do agente transportador ferroviário, questão que será abordada no tópico seguinte, tendo em visto que guarda grande relação com a nova assimetria regulatória estabelecida, por substituir o antigo OFI.

Nos arts. 10 a 18, a Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) passa ao trato mais minudente e específico dos diferentes regimes de exploração das ferrovias, iniciando pelo regime público, que, com alterações pontuais esboçadas adiante, era o que já vigorava até então, com base nas disposições da Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001).

Nos arts.19 a 36, a Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) versa sobre o regime privado. A principal novidade foi a possibilidade de outorga do serviço de transporte ferroviário de cargas e passageiros por autorização, mas sem imposição de desvinculação da exploração da infraestrutura, como já era possível nos âmbitos portuário e aeroportuário. Os autorizatários passam a poder não apenas realizar operações de transporte de cargas e passageiros, mas também gerir a própria infraestrutura ferroviária onde aquelas venham a ocorrer.

Como alerta Mélo Filho (2022), o novo marco legal das ferrovias foi fortemente inspirado no modelo norte-americano. Nas palavras de Ribeiro (2022):

A expansão das *short lines* nos Estados Unidos está associada ao processo de desregulação do setor ferroviário propiciado pela aprovação do *Staggers Rail Act* de 1980 (ASSOCIATION...,2021, p. 2). Esse processo favoreceu a concorrência nesse modal de transporte, implicando a busca de racionalização e eficiência das operações ferroviárias e o maior foco na rentabilidade das empresas, o que acabou produzindo desinteresse dos operadores ferroviários por trechos menos rentáveis economicamente. O abandono de trechos da malha ferroviária e a simplificação do processo de alteração na administração de ativos ferroviários, induziu a proliferação de *short lines*, que aumentaram de 20 em 1980, para cerca de 600 nos dias de hoje (BOSTON..., 1920. p.24-25). Esse aumento ocorreu em função de trechos ociosos e com volume de carga transportada reduzido ou de baixa rentabilidade econômica. Como é possível verificar, a situação se amolda bastante ao cenário vivenciado no transporte de cargas ferroviário brasileiro.

Tal discussão será retomada e aprofundada no tópico seguinte, por também guardar grande relação com a nova assimetria regulatória instituída.

Nos arts. 37 a 42, a Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) reproduz disposições comuns aos regimes público e privado, inovando em trazê-las expressamente ao âmbito legal, especialmente quanto ao compartilhamento da infraestrutura, como será visto também no tópico seguinte.

Os arts. 43 a 47 da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) são dedicados a outra grande inovação, que é a previsão expressa de autorregulação, possibilitando as operadoras ferroviárias associarem-se para constituir uma entidade com esse fim, ainda que submetida à supervisão da ANTT (RAMALHO, 2022). Trata-se, pois, como aduz, Mélo Filho (2022), de autorregulação regulada, já que existirá o controle da regulação estatal sobre os mecanismos de autorregulação.

Os arts. 48 a 56 da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) se destinam ao tema da segurança do trânsito e do transporte ferroviários – sem, contudo, absorver integralmente o longo Decreto n. 2.681 (BRASIL, 1912) –, enquanto os arts. 60 a 62 tratam de questões alusivas às operações urbanísticas. São sem dúvida inovações, ainda que não criem diretamente qualquer assimetria regulatória.

Encerrando a Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021), as disposições finais e transitórias trazem um mecanismo de adaptação de contratos de concessão para autorização, hipótese que será analisada também no próximo tópico.

Promoveu-se ainda alterações pontuais, mas significativas, na Lei n. 12.379 (BRASIL, 2011), compatibilizando o SNV com as novas disposições legais em vigor. Um exemplo foi o refinamento da metodologia para a definição da nomenclatura das ferrovias federais. Essa nomenclatura é constituída pelo símbolo “EF”, acompanhado por uma sequência de três números, conforme a categoria da ferrovia, bem como sua posição em relação a Brasília e aos pontos cardeais (RAMALHO, 2022).

Por se tratar de lei de origem parlamentar, a Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) não avançou sobre questões de competência dos órgãos e entidades do Poder Executivo, de modo a evitar qualquer vício de iniciativa que, conseqüentemente, atribuir-lhe-ia a pecha de inconstitucionalidade. Restam mantidas, portanto, as competências previstas na Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001), que, em verdade, foram adaptadas ao novo marco regulatório instituído, de modo que não houve inovações significativas nesse ponto.

4.2. A nova assimetria regulatória criada pela Lei n. 14.273, de 2021

Consoante se percebe pelas linhas anteriores deste trabalho, já havia uma assimetria regulatória no setor ferroviário brasileiro, amparada pela própria Constituição da República (BRASIL, 1988) e materializada na Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001).

É possível afirmar, então, que a Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) veio apenas a modificar uma assimetria regulatória já existente no mercado de transporte ferroviário do Brasil.

No intuito de identificar no texto da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) que inovações causam tal modificação na assimetria regulatória do setor ferroviário pátrio, passa-se a indicar os principais dispositivos nesse sentido. Seguir-se-á não uma sequência ordinal pela numeração dos dispositivos, mas sim pela reputada relevância destes na transformação da ordenação setorial em questão.

Sabe-se que a novidade capital trazida pela Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) foi possibilidade de outorga de serviço de transporte ferroviário vinculado à exploração da infraestrutura respectiva por meio de autorização. Não há um dispositivo no novo marco regulatório que associe expressamente a outorga por autorização com a vinculação entre operação de transportes ferroviários e a exploração das vias férreas necessárias. Esta relação, contudo, pode ser inferida com certa facilidade pelo disposto no art. 3º, inciso XII, no 8º, caput, e, quanto aos autorizatários, no art. 25, caput, todos da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021), que se passa a transcrever em virtude de sua importância:

Art. 3º Ficam estabelecidas as seguintes definições para fins de aplicação desta Lei e de sua regulamentação:

[...]

XII - operadora ferroviária: pessoa jurídica outorgada para concomitante gestão da ferrovia e operação de seu transporte ferroviário;

[...]

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.

[...]

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.

Da definição de operadora ferroviária (art. 3º, inciso XII) extrai-se que a outorga confere o direito tanto de gerir a ferrovia quanto de operar o transporte nela realizado. Mantém-se, portanto, um sistema verticalizado de exploração, ainda que com mitigações importantes, como se verá ulteriormente. Já o art. 8º, caput, deixa claro que as outorgas, para exploração indireta da infraestrutura por operadora ferroviária, dão-se por autorização ou concessão. Assim, quando se fala em exploração de ferrovias, deve-se entender que compreende tanto do gerenciamento da via quanto a realização de operações de transportes nesta. Esses dois dispositivos criam, desse modo, o inovador liame entre a outorga por autorização e a realização de operações de transporte ferroviário vinculada ao gerenciamento da ferrovia.

O art. 25 ainda arremata que a autorização abrange não apenas a estrada de ferro em si, como uma leitura apressada poderia sugerir, mas também pátios e demais instalações acessórias.

Esse raciocínio já seria possível pelo disposto em duas outras definições constantes na Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021), mais especificamente nos incisos IV e V de seu art. 3º, quais sejam: a de ferrovias e a de infraestrutura ferroviária, respectivamente. A primeira é definida como “sistema formado pela infraestrutura ferroviária, com a operação do transporte ferroviário atribuída a uma operadora ferroviária”. A segunda, inserida na primeira, é o “conjunto de bens essenciais à operação de uma ferrovia, especificamente quanto ao tráfego ferroviário, bem como de bens destinados ao apoio logístico e administrativo da própria”. Logo, por definição legal, a ferrovia não se resume apenas à estrada de ferro em si, como trilhos, dormentes, lastro, plataforma etc.; é, em verdade, um sistema formado por um conjunto de bens essenciais ao tráfego ferroviário, como pátios, estações, material rodante, entre tantos outros.

Posta essa nova realidade jurídica, de que os autorizatários passam a poder não apenas encetar operações de transporte ferroviário, mas também gerir malha própria, tal qual os concessionários, a Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) estabeleceu também normas que servem de bases para tal gerenciamento, algumas delas, contudo, distintas das aplicáveis aos concessionários.

A primeira dessas normas basilares está no art. 8º, § 2º, Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021), que garante aos autorizatários a liberdade de preços na exploração da ferrovia outorgada. Para os concessionários, incide o art. 10, inciso I, do mesmo diploma legal,

que determina sejam indicadas, já no edital e no contrato respectivos, “as tarifas máximas para a execução dos serviços de transporte e para o acesso à malha ferroviária por terceiros”. Os autorizatários, portanto, ao contrário dos concessionários, não estarão submetidos a tetos tarifários. Eis uma das diferenças de regime jurídico que permeiam a nova assimetria regulatória do setor ferroviário brasileiro.

Outra questão relevante na modificação dessa assimetria regulatória foi a substituição do OFI, antes necessariamente um autorizatário, pela figura do agente transportador ferroviário, definido no art. 3º, inciso I, da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021), como “pessoa jurídica responsável pelo transporte ferroviário de cargas, desvinculada da exploração da infraestrutura ferroviária”. Diferença entre o antigo OFI e o agente transportador ferroviário está plasmada no art. 9º, caput, da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021), cujo teor é o seguinte:

Art. 9º A execução de transporte ferroviário de cargas ou de passageiros desvinculado da exploração da infraestrutura por agente transportador ferroviário depende de inscrição válida em registro a ser instituído pelo regulador ferroviário, na forma da regulamentação.

Evidencia-se que a execução de operações de transporte ferroviário, de cargas ou de passageiros, se desvinculado da exploração da infraestrutura, sequer necessita atualmente de outorga, bastando um mero registro junto à ANTT. Obviamente, a depender dos critérios estabelecidos para efetivar tal registro, a situação jurídica do agente transportador poderá se aproximar ou se afastar dos requisitos antes exigíveis para a outorga do OFI.

Ainda no citado art. 9º, seus dois parágrafos contêm outro aspecto da nova assimetria regulatória ora apreciada. Tais dispositivos impõem que, nas ferrovias outorgadas em regime privado – por autorização –, a oferta de capacidade de transporte a agente transportador ferroviário deverá ser livre, enquanto nas ferrovias outorgadas em regime público – por concessão –, o respectivo contrato poderá estabelecer regras sobre a oferta de capacidade mínima em proveito dos agentes transportadores ferroviários. Assim, o autorizatário não poderá ser obrigado a ceder eventual capacidade ociosa da via férrea que gerencia para uso de agente transportador ferroviário, já o concessionário o poderá ser, se houver previsão contratual nesse sentido.

Mais um ponto da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) digno de nota é o seu art. 22, assim redigido:

Art. 22. Os bens constituintes da ferrovia autorizada não são reversíveis ao poder público quando a respectiva autorização for extinta, exceto na hipótese de cessão ou de arrendamento de que trata o art. 21 desta Lei.
Parágrafo único. A autorizatória não fará jus a qualquer indenização pelo poder público em razão das melhorias que efetuar nos bens de que trata o caput deste artigo.

Inversamente do que ocorre com as concessões, nas autorizações ferroviárias não há que se falar em bens reversíveis. A exceção fica por conta justamente de bens que o poder público venha eventualmente a ceder ou arrendar ao autorizatório, como permite expressamente o art. 21 da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021).

Note-se que o autorizatório, conforme condições estipuladas no respectivo contrato, poderá inclusive promover a desapropriação de bens – no que se assemelha ao concessionário –, arcando, porém, necessariamente com os custos e riscos da fase executória do procedimento desapropriatório, como dispõem o art. 29, caput, inciso XII, e § 2º, da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021).

Nesse mesmo sentido foi alterado o Decreto-Lei n. 3.365 (BRASIL, 1941), dispõe sobre desapropriações por utilidade pública, para incluir também os autorizatórios ferroviários como legitimados para promoção de procedimentos desapropriatórios. Tem-se, portanto, uma prerrogativa de desapropriação para particulares, que, no entanto, podem não reverter os bens desapropriados ao patrimônio estatal. Essa circunstância faz com que o regulador tenha que redobrar os cuidados no acatamento e na fiscalização posterior do uso desse mecanismo pelo autorizatório. Por isso mesmo o Decreto n. 11.245 (BRASIL, 2022), que regulamentou parte da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021), asseverou em seu art. 18:

Art. 18. Os bens imóveis desapropriados para a implantação ou a expansão da ferrovia serão registrados em nome da autorizatória, e ficarão afetados exclusivamente ao serviço de transporte ferroviário ou a projetos acessórios e associados, com a devida averbação na matrícula imobiliária, nos termos do disposto no item 11 do inciso II do caput do art. 167 e no art. 246 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.
Parágrafo único. Na averbação de que trata o caput, constará a restrição à alienabilidade do bem, observadas as exceções previstas na legislação.

Ainda sobre a questão dos bens dos autorizatórios, vale registrar que, por serem particulares, podem suscitar a incidência dos arts. 1.502 a 1.505 da Lei n. 10.406 (BRASIL, 2002), o Código Civil Brasileiro, que cuida da hipoteca das vias férreas. Segundo o art. 1.503 do aludido Código, “os credores hipotecários não podem

embaraçar a exploração da linha, nem contrariar as modificações, que a administração deliberar, no leito da estrada, em suas dependências, ou no seu material”. Os credores hipotecários, contudo, poderão se opor à venda dos bens que compoñham a ferrovia ou mesmo à fusão com outra empresa se tais negócios enfraquecerem a garantia do débito. É o que estabelece o art. 1.504 do Código Civil. Já o art. 1.505 determina que “na execução das hipotecas será intimado o representante da União ou do Estado, para, dentro em quinze dias, remir a estrada de ferro hipotecada, pagando o preço da arrematação ou da adjudicação”. Cria, assim, uma forma indireta de desapropriação dos bens do autorizatário relacionados à ferrovia que lhe fora outorgada.

Mais um foco de relevância para a assimetria regulatória criada pela Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) é o alusivo à arquitetura contratual. Uma comparação entre dois dispositivos da referida Lei, o art. 29, relativo às cláusulas essenciais do contrato de autorização, e o art. 10, inerente ao contrato de concessão, demonstra que o primeiro é mais simples que o segundo. O art. 25, § 1º, inciso I, da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) chega mesmo a falar em contrato de adesão para outorgas mediante autorização por requerimento do interessado.

Uma disposição da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) sobre o contrato de autorização merece destaque. É a constante no seu art. 29, § 6º, que diz: “as cláusulas do contrato não podem atribuir direitos a equilíbrio econômico-financeiro, nem legitimar a imposição unilateral de vontades”. A segunda parte revela que não é possível a alteração unilateral de tal contrato. A alteração consensual, por óbvio, é permitida, com base na autonomia das vontades, sufragando a disponibilidade de direitos por pessoas capazes e sem qualquer signo de hipossuficiência. Já a primeira parte do dispositivo veda a previsão do direito a equilíbrio-econômico financeiro a qualquer das partes. Essa disposição serve de arremate a outro tema, a alocação de riscos, que é tratado em enunciado anterior, o § 1º do mesmo art. 29, que declara: “a autorizatária é responsável pelos investimentos necessários para criação, expansão e modernização das instalações ferroviárias, por sua conta e risco, nos termos do contrato”.

A interpretação conjunta dos §§ 1º e 6º do art. 29 só pode levar à conclusão de que os riscos do empreendimento ferroviário outorga por autorização são todos do autorizatário. Desequilíbrios econômicos-financeiros serão resolvidos não pelo

deferimento de mecanismos de reequilíbrio por parte do poder público outorgante, mesmo porque o autorizatário tem ampla liberdade para gerenciar a sua ferrovia. Poderá recorrer, por exemplo, ao aumento da tarifa, à alienação de bens menos relevantes para continuidade dos serviços, a alterações societárias, entre tantas outras medidas possíveis, que, diga-se, não estão acessíveis, ao menos de forma mais expedita e certa, aos concessionários.

Essa discussão leva a outro feixe de modificações relevantes para a configuração da nova assimetria regulatória ferroviária brasileira, o das formas de extinção da autorização ferroviária. Conforme o art. 30, caput, da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) elas são as seguintes: I - advento do termo contratual; II - cassação; III - caducidade; IV - decaimento; V - renúncia; VI - anulação; e VII - falência.

O advento do termo contratual é uma causa óbvia, não merecendo maiores digressões a seu respeito. Já a cassação se dá, nos termos do art. 31 da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021), “quando houver perda das condições indispensáveis à continuidade da autorização em razão de negligência, imperícia ou abandono” ou “diante do não cumprimento da data-limite para início das operações ferroviárias estabelecida no instrumento de outorga”. O Decreto n. 11.245 (BRASIL, 2022) cuidou de trazer prazos para obtenção de licenças ambientais, sob pena de aplicação da penalidade de cassação, senão vejamos:

Art. 12. Exceto na hipótese de prorrogação justificada e deferida pela ANTT, serão cassadas as autorizações ferroviárias que não obtiverem, nos seguintes prazos, contados da data da assinatura do contrato de adesão, a licença ambiental:

- I - prévia, no prazo de três anos;
- II - de instalação, no prazo de cinco anos; e
- III - de operação, no prazo de dez anos.

Quanto à caducidade, segundo o art. 32 da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021), será imputada em caso de prática de infrações graves, de transferência irregular da autorização ou de descumprimento reiterado de compromissos contratuais ou das medidas de segurança e de regularidade do tráfego que lhes forem exigidas.

O decaimento, por sua vez, ocorrerá “por ato administrativo, se lei superveniente vier a vedar o tipo de atividade objeto da autorização ou a suprimir a exploração em regime privado”, conforme o art. 33, caput, da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021). Observe-se que o § 2º do mesmo art. 33 garante que o autorizatário continue

a exercer suas funções por prazo suficiente para a amortização de seu investimento ou receba indenização equivalente aos ativos não amortizados.

A renúncia está expressa no art. 34 da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021), que aduz:

Art. 34. Renúncia é o ato formal unilateral, irrevogável e irretroatável pelo qual a autorizatária manifesta seu desinteresse pela autorização.
Parágrafo único. A renúncia não deve ser causa isolada para punição da autorizatária, nem a desonera de multas contratuais ou obrigações perante terceiros.

Trata-se da forma mais inovadora de extinção de uma outorga, já que se baseia apenas na vontade do autorizatário, sem que possa ser considerada como causa, por si só, para a aplicação de penalidades. Essa prerrogativa, associada ao regime de bens das autorizações ferroviárias trazem preocupações inclusive quanto a eventuais desvios de finalidade por meio da outorga, notadamente quanto à desapropriação de bens. O regulador há de desenvolver saídas, ainda que no âmbito contratual, para efetivamente evitar abusos nesse sentido.

Chegando à anulação e à falência, também são causas de extinção que não acarretam maiores discussões a seu respeito sob a perspectiva do trabalho ora desenvolvido.

O art. 36 da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) fecha a Seção alusiva à extinção das autorizações ferroviárias prevendo, no caput, que “a autorizatária, a seu exclusivo critério, pode desativar trechos ferroviários mediante comunicação ao regulador ferroviário, com antecedência mínima de 180 (cento e oitenta) dias, devendo este tornar pública tal comunicação”. Já no § 1º reconhece que o autorizatário pode alienar trechos desativados a novo investidor. O § 2º, por fim, ressalva que tal desativação não será motivo para sancionar o autorizatário, cabendo-lhe proceder à alienação ou ainda a cessão do trecho para outra operadora ferroviária, reparar danos decorrentes de suas atividades, inclusive de cunho ambiental.

Constata-se que a extinção das autorizações ferroviárias é bastante diferente e bem menos complexa que a das concessões, estas regidas pelas disposições do art. 35 da Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995), a lei geral de concessões. O mesmo vale para a desativação de trechos, como se pode perceber pelo art. 15 da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021), que impõe aos concessionários prazos mínimos, pagamento de indenização e realização de estudos para tanto.

O apanhado normativo acima alinhavado denota modificações consideráveis na assimetria regulatória do setor, na medida em que impactam significativamente nos direitos e obrigações dos agentes econômicos afetados, confirmando a hipótese levantada no presente estudo.

Cumprir notar que o regime jurídico da autorização ferroviária, por conferir maiores liberdades aos particulares envolvidos, exigirão, em regra, uma atuação regulatória menos pautada em estratégias de *hard regulation* (ou regulação como uma luz vermelha) e mais em técnicas de *soft regulation* (ou regulação como uma luz verde), como costuma acontecer com as autorizações em geral.

De todo modo, esse atual arranjo regulatório revela que não há no novo marco legal fatores objetivos que permitam definir de forma antecipada quando a outorga deve se dar por autorização ou por concessão. No caso do transporte rodoviário, assim como no aeroviário, viu-se que essa distinção ocorre pelo tipo serviço envolvido, os regulares e os não regulares. No caso dos portos, apontou-se que tal distinção tem por esteio a área geográfica delimitada (poligonal) dos denominados portos organizados. Mesmo em outra área da infraestrutura, a das comunicações, a lei de regência também estabeleceu uma distinção por tipo serviço, a telefonia fixa comutada.

No transporte ferroviário, seja de carga, seja de passageiros, a opção entre promover a outorga por autorização ou concessão será feita no plano político-administrativo, ante a ausência de uma imposição legal em qualquer sentido. Dessa situação pode se extrair um maior espaço de discricionariedade para os agentes políticos e para o regulador com competências atreladas a esse modal de transporte. O art. 25, § 6º, da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) corrobora essa ideia ao determinar 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”.

Discricionariedade, porém, não pode ser sinônimo de arbítrio, máxime em um estado democrático de direito, como ocorre no Brasil. Sendo assim, à míngua de critérios legais rígidos, os tomadores de decisão devem se pautar pelos princípios da isonomia, da proporcionalidade, pelos princípios e diretrizes gerais do gerenciamento e das operações de transporte terrestre mencionados na Lei n. 10.233 (BRASIL,

2001), bem como pelos princípios e diretrizes do transporte ferroviário de que trata Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021), todos já abordados anteriormente.

A falta de aderência a esse plexo principiológico fatalmente levará a novas falhas de regulação no setor ferroviário, máxime no manejo da nova assimetria regulatória surgida com a entrada em vigor da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021). Um dos caminhos mais assertivos para evitar tais falhas é por meio de uma análise das relações entre custo e benefício.

Nessa linha, Sunstein (2002) elenca oito proposições para tornar mais concreta essa ideia: 1) o regulador deve apontar não somente benefícios e malefícios dos esforços propostos para mitigar riscos, mas tentar quantificar os efeitos mais importantes, dentro do limite de suas possibilidades; 2) os apontamentos quantitativos devem suplementar, e não suplantam, descrições qualitativas desses efeitos mais importantes; 3) o regulador deve tentar comutar valores não monetários – por exemplo, vidas preservadas, ganhos de saúde e valores estéticos – em equivalentes pecuniários, tornando a análise mais pragmática ao facilitar comparações; 4) órgãos e entidades responsáveis fazer tal valoração devem ser guiados por meio de leis e decretos que instituem pisos e tetos para esses valores; 5) ao regulador deve ser permitido implementar ajustes na análise da base desses vários fatores qualitativos, quando, por exemplo, se verificar que os mais afetados são membros de grupos de cidadãos menos favorecidos; 6) o regulador deve ser chamado a demonstrar que os benefícios justificam os custos e se isso não for possível, devem publicizar que a aquela ação é ao menos razoável; 7) em circunstâncias normais, a resposta apropriada para clamores sociais que não sejam baseados em evidências é a educação e a restauração da segurança, não medidas que aumentem o fardo regulatório; 8) regras inúteis requerem substituição, a judicialização da regulação exige uma demonstração geral de que a regulação tem produzido mais vantagens do que desvantagens, sob uma perspectiva razoável acerca da valoração tanto dos custos quanto dos benefícios.

Em tempo, note-se que a Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) contém mecanismos para gerar efeitos harmonizantes dentro da assimetria regulatória que institui. O exemplo maior é a previsão da adaptação das concessões anteriores à vigência da própria Lei, como forma de se transformarem em autorizações. De acordo com o art. 64, caput e § 1º, do aludido diploma legal:

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).

Assim, em tais circunstâncias, a assimetria regulatória seria severamente diminuída com a adaptação da concessão para autorização.

Outros mecanismos que podem ser utilizados nesse sentido são a autorregulação, na medida em que vier a ser posta em prática pelas concessionárias, assim como os próprios instrumentos contratuais de autorização, vez que, com base na já mencionada autonomia das vontades, podem ser formuladas normas que primem pela isonomia e pela proporcionalidade entre os diversos agentes econômicos que atuam no mercado do transporte ferroviário.

Ademais, a clareza nas já mencionadas previsões do novo marco regulatório acerca da desativação de trechos, bem como no papel dos usuários investidores (art. 16) e de investidores associados (art. 17), também são instrumentos com potencial para harmonizar a nova assimetria regulatória existente, vez que possibilitam uma maior dinamização dos investimentos em concessões ferroviárias.

É preciso, de qualquer forma, uma atuação cuidadosa não apenas da ANTT, como entidade reguladora, mas de todos os órgãos e entidades públicos envolvidos, ainda que indiretamente, na gestão do setor ferroviário nacional, como o Ministério dos Transportes, o PPI, a Infra S.A., o DNIT e o TCU, sem olvidar da cada vez mais relevante esfera subnacional. O trabalho coletivo e coeso desse qualificado agrupamento institucional, com cada um desempenhando a contento suas específicas competências legais, contribuirá decisivamente para o sucesso do novo marco regulatório do setor ferroviário brasileiro.

5. Conclusão

O presente trabalho buscou desenvolver uma análise da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021), o novo marco regulatório das ferrovias do país, sob a perspectiva da assimetria regulatória que se criou com a sua promulgação.

Discorreu-se sobre a definição de regulação, termo que comporta diversas acepções, mas, na visão econômica, significa a imposição de regras e outras formas de controles pelo Estado, com esteio em sanções, objetivando direcionar, restringir, ampliar ou alterar especificamente a conduta econômica de indivíduos ou empresas.

Foram abordadas, ainda, as diversas técnicas de regulação, combinando pontos de vistas teóricos estrangeiros e nacionais, ressaltando que aquelas relacionadas a C&C, pautadas na punição de condutas em desconformidade com o padrão exigido (*hard regulation* ou regulação como uma luz vermelha), tem convivido cada vez mais com outras de cunho incentiva ou desincentivantes (*soft regulation* ou regulação como uma luz verde).

Adentrou-se, então, no ordenamento jurídico brasileiro, a começar pela Constituição da República (BRASIL, 1988), apontando com precisão o papel do Estado brasileiro na economia e sobretudo na regulação, devendo equilibrar a busca pela eficiência econômica, característica da iniciativa privada, com a superação de desigualdades sociais, mediante políticas redistributivas.

Chegando-se, enfim, ao tema da assimetria regulatória, tal expressão também foi objeto de definição, com esteio em diversos teóricos do direito, considerando-a como a previsão de regimes jurídicos distintos, baseados na aplicação de diferentes estratégias regulatórias, a agentes econômicos em determinados segmentos de um mesmo mercado ou atividade econômica.

Registrou-se a importância dos princípios da isonomia e da proporcionalidade para o correto manejo das assimetrias regulatórias, ponderando que elas devem permitir o tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, gerando mais benefícios que malefícios para os particulares, principalmente aos grupos sociais mais vulneráveis.

Equívocos na observância da isonomia e da proporcionalidade, no âmbito das assimetrias regulatórias, serão certamente considerados falhas regulatórias, o que pode se dar tanto na elaboração de normas quanto na concretização destas.

Ingressando na temática da legislação brasileira acerca dos transportes, retornou-se à Constituição da República (BRASIL, 1988), demonstrando que já ali existem importantes previsões sobre a forma de exploração econômica deles, inclusive regimes de outorga para particulares, consubstanciados nos regimes da concessão, da permissão e da autorização. Constatou-se, assim, a própria Constituição da República (BRASIL, 1988) contém dispositivos seminais para existência de assimetrias regulatórias em diversos mercados ligados à infraestrutura, inclusive os dos transportes, onde se inclui o modal ferroviário.

No âmbito infraconstitucional, tangenciou-se principais ordenações setoriais dos transportes, destacadamente a Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001), a Lei n. 12.379 (BRASIL, 2011), alcançando, por fim, a Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021). Cuidou-se de encadear os principais eventos que, vistos como falhas regulatórias na elaboração e na concretização das normas do setor, levaram à edição de um novo marco regulatório, no intuito de resolver problemas históricos na universalização e na redistribuição dos serviços ferroviários no país.

Foram constatados, então, diversos pontos de inovação no texto da Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) e, dentre eles, selecionados aqueles que suscitam assimetria regulatória.

O principal foi a alteração alusiva ao regime de outorga por autorização, que passou a contemplar a execução de operações de transporte ferroviário vinculado à exploração da infraestrutura.

Os autorizatários, ao contrário dos concessionários, gozam ainda de liberdade tarifária, de oferta de capacidade ociosa a terceiros e para disposições dos bens atinentes à operação ferroviária, podendo aliená-los ou cedê-los, com exceção daqueles que tenham sido cedidos ou arrendados pelo poder público. Esses bens disponíveis inclusive não são reversíveis ao patrimônio público.

Como tenham os autorizatários ampla liberdade para gerenciar suas ferrovias, a eles foi alocado todo o risco do empreendimento, não fazendo jus a reequilíbrio

econômico-financeiro dos contratos. Também a eles não podem ser impostas modificações unilaterais do contrato de autorização.

A extinção das autorizações ferroviárias também é bastante diferente e bem menos complexa que a das concessões, assim como a desativação de trechos.

Quanto ao antigo OFI, foi substituído pelo agente transportador ferroviário, que pode executar operações de transporte ferroviário, mas sem vinculação à exploração da infraestrutura, sendo que não mais precisa de uma outorga para tanto, mas apenas de um registro junto à ANTT.

Confirmando a hipótese levantada no presente estudo, o arcabouço normativo investigado denotou modificações consideráveis na assimetria regulatória do setor, posto que impactam significativamente nos direitos e obrigações dos agentes econômicos afetados.

Observou-se, ainda, que a assimetria regulatória nos transportes ferroviários, diferentemente do que ocorre em outros setores, não parte de um elemento objetivo, aprioristicamente definido em lei, como a natureza das atividades desenvolvidas ou de determinada área geográfica, a exemplo dos outros serviços constantes no art. 21, inciso XII, da Constituição da República (BRASIL, 1988).

Esse panorama jurídico ressalta a discricionariedade da tomada de decisão sobre o modelo de outorga a ser utilizado, o que, por não se confundir com arbítrio, deve buscar base jurídica no farto plexo principiológico aplicável, ponderando detidamente sobre as relações entre custos e benefícios das medidas a serem adotadas.

A Lei n. 14.273 (BRASIL, 2021) ainda cuidou de trazer mecanismos para gerar efeitos harmonizantes dentro da assimetria regulatória que institui, como é o caso da adaptação da concessão para autorização, da autorregulação, da autonomia das vontades incidente na arquitetura dos contratos de autorização, da desativação de trechos concedidos, bem como no papel dos usuários investidores e de investidores associados nas concessões ferroviárias.

Conclui-se que o sucesso do novo arranjo regulatório do setor ferroviário brasileiro dependerá sobremaneira da ANTT, mas também de todos os órgãos e entidades públicos envolvidos, ainda que indiretamente, na gestão do setor ferroviário nacional, inclusive os subnacionais.

Reitere-se que não há pretensão de esgotar o assunto no presente trabalho, em virtude mesmo das imperiosas limitações de seu escopo. O resultado ora alcançado restringiu-se, como esperado, à produção de dados e informações que vêm a ajudar a prever as consequências dessa assimetria regulatória e, conseqüentemente, a traçar perspectivas para a Administração gerenciá-la da maneira mais adequada ao interesse público enredado.

6. Referências

ACIOLI, R. G. **Os mecanismos de financiamento das ferrovias brasileiras.**

Dissertação (Mestrado em Engenharia de Transportes). Coppe – Instituto Alberto Luiz Coimbra de Pós-Graduação e Pesquisa de Engenharia, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 181. 2007. Disponível em:

<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp078063.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2023.

ARAGÃO, A. S. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.

BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. **Understanding Regulation: theory, strategy, and practice.** Oxford: Oxford University Press, 2012.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Resolução n. 5.943, de 1º de junho de 2021.** Dispõe sobre operações de direito de passagem e de tráfego mútuo no Subsistema Ferroviário Federal. Disponível em:

https://anttlegis.antt.gov.br/action/UrlPublicasAction.php?acao=getAtoPublico&sgl_tipo=RES&num_ato=00005943&seq_ato=000&vlr_ano=2021&sgl_orgao=DG/ANTT/MI&cod_modulo=420&cod_menu=7145&iframe=true. Acesso em: 15 mar. 2023.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

_____. **Decreto n. 101, de 31 de outubro de 1835.** Autoriza o Governo a conceder a uma ou mais Companhias, que fizerem uma estrada de ferro da Capital do Império para as de Minas Gerais, Rio Grande do Sul, e Bahia, o privilegio exclusivo por espaço de 40 anos para o uso de carros para transporte de gêneros e passageiros, sob as condições que se estabelecem. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-101-31-outubro-1835-562803-publicacaooriginal-86906-pl.html>. Acesso em: 13 mar. 2023.

_____. **Decreto n. 1.832, de 4 de março de 1996.** Aprova o Regulamento dos Transportes Ferroviários. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1832.htm. Acesso em: 13 mar. 2023.

_____. **Decreto n. 2.521, de 20 de março de 1998.** Dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2521.htm. Acesso em: 28 fev. 2023.

_____. **Decreto n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912.** Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2681_1912.htm. Acesso em: 11 mar. 2023.

_____. **Decreto n. 8.129, de 23 de outubro de 2013.** Institui a política de livre acesso ao Subsistema Ferroviário Federal; dispõe sobre a atuação da Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., para o desenvolvimento dos sistemas de transporte ferroviário; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8129.htm. Acesso em: 15 mar. 2023.

_____. **Decreto n. 11.081, de 24 de maio de 2022.** Autoriza a incorporação da Empresa de Planejamento e Logística S.A. pela Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D11081.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2011.081%2C%20DE%2024,que%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em: 11 mar. 2023.

_____. **Decreto n. 11.245, de 21 de outubro de 2022.** Regulamenta a Lei nº 14.273, de 23 de dezembro de 2021, no âmbito da administração pública federal, institui o Programa de Desenvolvimento Ferroviário, e altera o Decreto nº 8.428, de 2 de abril de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Decreto/D11245.htm. Acesso em: 17 mar. 2023.

_____. **Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941.** Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3365.htm. Acesso em: 17 mar. 2023.

_____. **Lei de 29 de agosto de 1828.** Estabelece regras para a construção das obras públicas, que tiverem por objeto a navegação de rios, abertura de canais, edificação de estradas, pontes, calcadas ou aquedutos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-8-1828.htm. Acesso em: 13 mar. 2023.

_____. **Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986.** Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565compilado.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.565%2C%20DE%2019%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201986.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20C%C3%B3digo%20Brasileiro%20de%20Aeron%C3%A1utica.&text=Art.,C%C3%B3digo%20e%20pela%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20complementar. Acesso em: 28 fev. 2023.

_____. **Lei n. 8.987, 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 28 fev. 2023.

_____. **Lei n. 9.491, de 9 de setembro de 1997.** Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9491.htm. Acesso em: 11 mar. 2023.

_____. **Lei n. 10.223, 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 Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm. Acesso em: 28 fev. 2023.

_____. **Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005.** Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11182.htm. Acesso em: 28 fev. 2023.

_____. **Lei n. 13.334, de 13 de setembro de 2016.** Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13334.htm. Acesso em: 11 mar. 2023.

_____. **Lei n. 11.772, de 17 de setembro de 2008.** Acrescenta e altera dispositivos na Lei no 5.917, de 10 de setembro de 1973, que aprova o Plano Nacional de Viação; reestrutura a VALEC - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.; encerra o processo de liquidação e extingue a Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes - GEIPOT; altera as Leis nos 9.060, de 14 de junho de 1995, 11.297, de 9 de maio de 2006, e 11.483, de 31 de maio de 2007; revoga a Lei no 6.346, de 6 de julho de 1976, e o inciso I do caput do art. 1º da Lei no 9.060, de 14 de junho de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11772.htm. Acesso em: 11 mar. 2023.

_____. **Lei n. 12.379, de 6 de janeiro de 2011.** Dispõe sobre o Sistema Nacional de Viação - SNV; altera a Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997; revoga as Leis nºs 5.917, de 10 de setembro de 1973, 6.346, de 6 de julho de 1976, 6.504, de 13 de dezembro de 1977, 6.555, de 22 de agosto de 1978, 6.574, de 30 de setembro de 1978, 6.630, de 16 de abril de 1979, 6.648, de 16 de maio de 1979, 6.671, de 4 de julho de 1979, 6.776, de 30 de abril de 1980, 6.933, de 13 de julho de 1980, 6.976, de 14 de dezembro de 1980, 7.003, de 24 de junho de 1982, 7.436, de 20 de dezembro de 1985, 7.581, de 24 de dezembro de 1986, 9.060, de 14 de junho de 1995, 9.078, de 11 de julho de 1995, 9.830, de 2 de setembro de 1999, 9.852, de 27 de outubro de 1999, 10.030, de 20 de outubro de 2000, 10.031, de 20 de outubro de 2000, 10.540, de 1º de outubro de 2002, 10.606, de 19 de dezembro de 2002, 10.680, de 23 de maio de 2003, 10.739, de 24 de setembro de 2003, 10.789, de 28 de novembro de 2003, 10.960, de 7 de outubro de 2004, 11.003, de 16 de dezembro de 2004, 11.122, de 31 de maio de 2005, 11.475, de 29 de maio de 2007, 11.550, de 19 de novembro de 2007, 11.701, de 18 de junho de 2008, 11.729, de 24 de junho de 2008, e 11.731, de 24 de junho de 2008; revoga dispositivos das Leis nºs 6.261, de 14 de novembro de 1975, 6.406, de 21 de março de 1977, 11.297, de 9 de maio de 2006, 11.314, de 3 de julho de 2006, 11.482, de 31 de maio de 2007, 11.518, de 5 de setembro de 2007, e 11.772, de 17 de setembro de 2008; e dá outras

providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12379.htm. Acesso em: 28 fev. 2023.

_____. **Lei n. 12.404, de 4 de maio de 2011.** Autoriza a criação da Empresa de Planejamento e Logística S.A. - EPL; estabelece medidas voltadas a assegurar a sustentabilidade econômico-financeira do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES; dispõe sobre a autorização para garantia do financiamento do Trem de Alta Velocidade - TAV, no trecho entre os Municípios do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, e Campinas, Estado de São Paulo; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12404.htm. Acesso em: 11 mar. 2023.

_____. **Lei n. 12.743, de 19 de dezembro de 2012.** Altera as Leis nºs 10.233, de 5 de junho de 2001, e 12.404, de 4 de maio de 2011, para modificar a denominação da Empresa de Transporte Ferroviário de Alta Velocidade S.A. - ETAV para Empresa de Planejamento e Logística S.A. - EPL, e ampliar suas competências; e revoga dispositivo da Lei nº 11.772, de 17 de setembro de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12743.htm#art2. Acesso em: 11 mar. 2023.

_____. **Lei n. 12.815, de 5 de junho de 2013.** Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12815.htm. Acesso em: 28 fev. 2023.

_____. **Lei n. 14.273, 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14273.htm. Acesso em: 28 fev. 2023.

_____. **Lei n. 14.368, de 14 de junho de 2022.** Altera as Leis nºs 6.009, de 26 de dezembro de 1973, 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), 13.448, de 5 de junho de 2017, 11.182, de 27 de setembro de 2005, 9.826, de 23 de agosto de 1999, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, e 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para dispor sobre o transporte aéreo; e revoga dispositivos das Leis nºs 5.862, de 12 de dezembro de 1972, e 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14368.htm#art14. Acesso em: 28 fev. 2023.

_____. **Medida Provisória n. 1.065, de 30 de agosto de 2021.** Dispõe sobre a exploração do serviço de transporte ferroviário, o trânsito e o transporte ferroviários e as atividades desempenhadas pelas administradoras ferroviárias e pelos operadores ferroviários independentes, institui o Programa de Autorizações Ferroviárias, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1065.htm. Acesso em: 15 mar. 2023.

_____. **Medida Provisória n. 1.154, de 1º de janeiro de 2023.** Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Mpv/mpv1154.htm. Acesso em: 11 mar. 2023.

_____. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa n. 81, de 20 de junho de 2018.** Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/*/TIPO%253A%2528%2522Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa%2522%2529%2520NUMATO%253A81%2520NUMANOATO%253A2018/score%2520desc/0/%2520. Acesso em: 11 mar. 2023.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de Direito Administrativo.** 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

COUTINHO, D. R. **Direito e economia na regulação de serviços públicos.** São Paulo: Saraiva, 2014.

DAYCHOUM, M. T.; SAMPAIO, P. R. P. **Regulação e concorrência no setor ferroviário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FELIX, M. K. R.; CAVALCANTE FILHO, J. T. **Marco normativo do setor ferroviário brasileiro**: caminhos para superação da insegurança jurídica e regulatória. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2016 (Texto para Discussão nº 218). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td218>. Acesso em: 17 mar. 2023.

FELIX, M. K. R. **Exploração de infraestrutura ferroviária: lições de extremos para o Brasil**. Dissertação (Mestrado em Transportes). Faculdade de Tecnologia/ Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, Universidade de Brasília. Brasília, p. 162. 2018.

GALVÃO, J. O. L.; FONSECA, G. C. S. da. Assimetrias regulatórias ferem o princípio da isonomia? Parâmetros e perspectivas constitucionais. In: COSTA, D. C. G. da et al. (Coord.). **Tomo 2 - Democracia, Justiça e Cidadania: Desafios e Perspectivas**: homenagem ao ministro Luís Roberto Barroso. Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 433-450. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4041/4203/26708>. Acesso em: 18 abr. 2022.

GARCIA, F. A.; FREITAS, R. V. de. Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória: os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Portos e seus regimes jurídicos**: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GROTTI, D. A. M. **Evolução da teoria do serviço público**. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Ed. 1, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/edicao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico>. Acesso em: 28 fev. 2023.

_____. **Regime jurídico das telecomunicações: autorização, permissão e concessão**. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, São Paulo, vol. 5, p. 717 – 727, Nov. 2012.

MARQUES NETO, F. de A.; ZAGO, M. F. **Limites das assimetrias regulatórias e contratuais**: o caso dos aeroportos. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 277,

n. 1, p. 175–201, 2018. DOI: 10.12660/rda.v277.2018.74806. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/74806>. Acesso em: 03 nov. 2022.

MATO GROSSO. **Lei Complementar n. 685, de 25 de fevereiro de 2021**. Dispõe sobre o Sistema Ferroviário do Estado de Mato Grosso - SFE/MT e sobre os regimes de exploração dos serviços de transporte ferroviário de cargas e de passageiros, e dá outras providências. Disponível em:

<https://app1.sefaz.mt.gov.br/sistema/legislacao/LeiCompEstadual.nsf/9733a1d3f5bb1ab384256710004d4754/713cc98030af92180425868b0046c047?OpenDocument>. Acesso em: 11 mar. 2023.

MATO GROSSO DO SUL. **Lei n. 5.983, de 29 de novembro de 2022**. Dispõe sobre o Sistema Ferroviário do Estado de Mato Grosso do Sul (SFE/MS) e sobre os regimes de exploração dos serviços de transporte ferroviário de cargas e de passageiros, e dá outras providências. Disponível em:

<http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/448b683bce4ca84704256c0b00651e9d/c3156b3ab0b554b50425890a004283bf?OpenDocument>. Acesso em: 11 mar. 2023.

MINAS GERAIS. **Lei n. 23.748, de 22 de dezembro de 2020**. Dispõe sobre a política estadual de transporte ferroviário e o Sistema Estadual de Transporte Ferroviário e dá outras providências. Disponível em:

<https://leisestaduais.com.br/mg/lei-ordinaria-n-23748-2020-minas-gerais-dispoe-sobre-a-politica-estadual-de-transporte-ferroviario-e-o-sistema-estadual-de-transporte-ferroviario-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 11 mar. 2023.

MÉLO FILHO, M. A. **Novo marco regulatório do setor ferroviário – a Lei das Ferrovias - uma análise crítica à luz das teorias regulatórias apoiadas na responsividade**. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 8, n. 2, p. 146-171, out. 2022.

MOREIRA, E. B. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? In: SUNDFELD, C. A.; ROSILHO, A. (org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

NESTER, A. W. A evolução do conceito jurídico de autorização na doutrina brasileira. In: WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; e PEREIRA, Cesar Augusto

Guimarães (org.). **O direito administrativo na atualidade**: estudos em homenagem a Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito. São Paulo: Malheiros, 2017.

PARÁ. **Lei n. 8.908, de 6 de novembro de 2019**. Institui o Subsistema Ferroviário do Estado do Pará (SFEPA), dispõe sobre sua composição, objetivos, administração e tratamento tributário concernentes à exploração da infraestrutura física e operacional do transporte ferroviário de pessoas e bens no Estado do Pará, e dá outras providências. Disponível em:

http://bancodeleis.alepa.pa.gov.br:8080/lei8908_2019_53571.pdf. Acesso em: 11 mar. 2023.

PARANÁ. **Lei n. 21.330, de 22 de dezembro de 2022**. Dispõe sobre os serviços de transporte ferroviário de pessoas e bens no Estado do Paraná. Disponível em:

https://www.aen.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2022-12/pl327.2022lei21.330_ass.pdf. Acesso em: 11 mar. 2023.

POSNER, R. A. **Theories of economic regulation**. The Bell Journal of Economics and Management Science, Washington, DC, v. 5, n. 1, p. 335-358, 1974. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=259352. Acesso em: 14 ago. 2022.

RAMALHO, P. R. A. M. **O novo marco regulatório das ferrovias brasileiras**.

Coluna Follow Up, Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura.

Disponível em: [https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/conjur/o-novo-marco-regulatorio-das-ferrovias-](https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/conjur/o-novo-marco-regulatorio-das-ferrovias-brasileiras#:~:text=No%20Brasil%2C%20a%20primeira%20ferrovia,que%20autoriza%20a%20concess%C3%A3o%20de)

[brasileiras#:~:text=No%20Brasil%2C%20a%20primeira%20ferrovia,que%20autoriza%20a%20concess%C3%A3o%20de](https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/conjur/o-novo-marco-regulatorio-das-ferrovias-brasileiras#:~:text=No%20Brasil%2C%20a%20primeira%20ferrovia,que%20autoriza%20a%20concess%C3%A3o%20de). Acesso em: 13 mar. 2023.

RIBEIRO, L. C. **A regulação do operador ferroviário independente**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 175-201, 2014.

RIBEIRO, S. S. O novo marco legal das ferrovias e a introdução de short lines no modelo ferroviário nacional. In: CHAVES, M. C. S.; ÁVILA, N. R. A. (Coord). **Direito e Infraestrutura no Brasil**: Temas relevantes em transportes terrestres e tópicos transversais. Publicações da Escola da AGU, ano 13, n. 4, parte 2, 2022.

REIS, J. M. **Inovações regulatórias no compartilhamento da infraestrutura visando incentivar o aumento da competição intramodal no setor ferroviário brasileiro**. Monografia (Especialização em Governança e Controle da Regulação em Infraestrutura). Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União, p. 37. 2019. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/4190>. Acesso em: 15 mar. 2023.

SANTOS, E. G. C. A relação entre mercados e governos à luz da teoria das falhas de regulação. In: ARAGÃO, A. S.; PEREIRA, A. C. M.; LISBOA, L. L. A. (Coords.). **Regulação e infraestrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SÃO PAULO. **Lei n. 17.612, de 17 de dezembro de 2022**. Dispõe sobre o Subsistema Ferroviário do Estado de São Paulo - SFE/SP, a organização do transporte ferroviário de cargas e de passageiros, o uso da infraestrutura ferroviária e os tipos de outorga para a exploração indireta de ferrovias no âmbito do Estado de São Paulo e dá outras providências

STIGLER, G. J. **The theory of economic regulation**. Bell Journal of Economics and Management Science, v. 2, n. 1, 1971. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3003160?origin=JSTOR-pdf>. Acesso em: 18 ago. 2022.

SUNSTEIN, C. **After the rights Revolution: reconceiving the Regulatory State**. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

_____. **Risk and reason: safety, law, and the environment**. New York: Cambridge University Press, 2002.

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