

Novo marco regulatório do setor ferroviário (a Lei das Ferrovias): uma análise crítica à luz das teorias regulatórias apoiadas na responsividade

New regulatory framework for the railway sector (the Railways Act): A critical analysis under regulatory theories based on responsiveness

Submetido(submitted): 13 May 2022

Parecer(revised): 19 May 2022

Aceito(accepted): 16 June 2022

Marconi Araní Mélo Filho*

<https://orcid.org/0000-0002-9593-1857>

Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)
Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

Abstract

Purpose – Based on the theoretical foundations of the main responsive theories, this article will analyze the new regulatory design of the rail transport sector, provided for by the new Railways Act (Act n° 14.273/2021) and to what extent the regulatory framework of the new governance identifies and adapts to the contributions of the enunciated theories and what benefits can come from its prediction and practical incorporation

Methodology/approach/design – The article will be elaborated using the theoretical-normative approach. The presentation of the main theories based on responsiveness and the proposition of a specific pyramidal representation for the sector will play a central role in the proposed study. The article intends to carry out a comparison of the new regulatory legal framework of the railway sector with the enunciated theories, to demonstrate the hypothesis investigated.

Findings – It demonstrates that the new regulatory framework has innovated the parameters used until then, considerably expanding the variety and possibility of combining strategies, mechanisms and responsive regulatory instruments that can be used. There was also an increase in the number of participants in regulation. Nevertheless, it is still necessary to improve regulatory governance and relevant regulatory arrangements of the new Railways Act for its effective implementation.

Practical implications –The results can contribute to inform the various actors of the new regulatory design of the Brazilian rail transport sector, to lead them to improve the responsive matrix of legislation and concession and authorization contracts.

Keywords: Brazilian railway sector. New regulatory design. Railways Act. Responsive regulation. Smart regulation.

*Advogado da União, com Mestrado em Direito Constitucional pela UFPE, Especialização em Direito Administrativo pela UNIDERP e MBA em Economia, Gestão e Regulação pela FGV. Doutorando em Direito na UnB na linha “transformações na ordem social e econômica e regulação”. Atuou recentemente entre 2012 e 2019 na área de regulação e infraestrutura, tendo coordenado juridicamente o setor de transportes terrestres junto à Consultoria Jurídica do Ministério da Infraestrutura. E-mail: casemelo@gmail.com.

Resumo

Propósito – Com base nos fundamentos teóricos das principais teorias apoiadas na responsividade, o presente artigo analisará o novo desenho regulatório do setor de transporte ferroviário, previsto pela nova Lei das Ferrovias (Lei nº 14.273, de 23 de dezembro de 2021) e em que medida o framework regulatório do novo marco regulatório se identifica e se adequa aos aportes das teorias enunciadas e quais benefícios podem advir de sua previsão e incorporação prática em maior grau.

Metodologia/abordagem/design – O artigo será elaborado utilizando-se da abordagem teórico-normativa. A apresentação das principais teorias apoiadas na responsividade e a proposição de uma representação piramidal específica para o setor terão papel central no estudo proposto. O artigo pretende realizar uma comparação do novo marco legal regulatório do setor ferroviário com as teorias enunciadas, com o intuito de demonstrar a hipótese investigada.

Resultados – Pretende-se demonstrar que o novo *framework* regulatório inovou os parâmetros até então utilizados, ampliando consideravelmente a variedade e a possibilidade de combinação de estratégias, mecanismos e instrumentos regulatórios responsivos passíveis de utilização. Também houve ampliação dos participantes na regulação. Nada obstante, ainda é preciso aprimorar a governança regulatória e regulamentar importantes mecanismos da nova Lei das Ferrovias para a sua efetiva implementação.

Implicações práticas – Os resultados do presente estudo podem contribuir para informar os diversos atores do novo desenho regulatório do setor de transporte ferroviário brasileiro, com o intuito de conduzi-los ao aprimoramento da matriz responsiva da legislação e dos contratos de concessão e de autorização.

Palavras-chave: Setor ferroviário brasileiro. Novo desenho regulatório. Lei das Ferrovias. Regulação responsiva. Regulação inteligente.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, é importante consignar que a análise crítica do desenho regulatório do setor ferroviário à luz da teoria da regulação responsiva e da teoria da *smart regulation*, de um modo mais amplo, já foi realizada pelo autor quando da elaboração e da publicação de artigo específico sobre o tema. Na ocasião, identificaram-se os mecanismos e estratégias responsivas ou potencialmente responsivas previstos pela Lei nº 8.987/95, pela Lei nº 10.233/2001 e pelas Leis nº 13.448/2017 e nº 13.848/2019¹.

O objeto do presente artigo, de modo complementar, será a recém aprovada **Lei nº 14.273, de 23 de dezembro de 2021**, também conhecida como

¹ MÉLO FILHO, M. A. *Da regulação responsiva à regulação inteligente: uma análise crítica do desenho regulatório do setor de transporte ferroviário de cargas no Brasil*. *Journal of Law and Regulation*, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 144–163, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/31093>. Acesso em: 7 maio. 2022.

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, outubro 2022.

o novo marco regulatório do setor ferroviário – a **Lei das Ferrovias**, a qual buscou consolidar a regulamentação legal e infralegal do setor, além de atender a algumas das principais demandas do mercado regulado. Assim, pretende-se examinar em que medida foram incorporados mecanismos e estratégias responsivas ao novo marco regulatório ferroviário.

Com base na teoria da regulação responsiva e na teoria da regulação inteligente (*smart regulation*), o presente artigo analisará em que medida o desenho regulatório da nova Lei das Ferrovias, publicada em 23 de dezembro de 2021, preenche os pressupostos das teorias citadas e quais benefícios podem advir da incorporação dos seus preceitos para o setor estudado.

O trabalho realizará o cotejo do novo marco legal e dos principais instrumentos dos contratos de adesão recentemente firmados com as teorias da regulação responsiva e da regulação inteligente adiante enunciadas.

Assim, pretende-se identificar os mecanismos e estratégias responsivas ou potencialmente responsivas previstos pela nova Lei das Ferrovias e pelo instrumento do contrato de adesão firmado com os autorizatários do novo regime de direito privado.

Para tanto, a seção 2 abordará um histórico do marco regulatório do setor ferroviário, culminando, até o momento, com a publicação da Lei das Ferrovias.

A seção 3 apresentará, sinteticamente, os pressupostos e os fundamentos das teorias jurídicas apoiadas na responsividade.

A seção 4 apresentará o modelo norte-americano como inspiração para o novo marco regulatório do setor de transporte ferroviário.

O cotejo da nova Lei das Ferrovias com as teorias precedentemente enunciadas será feito na seção 5, momento em que se indicarão os pontos de contato da nova lei e das cláusulas do contrato de adesão firmado com os autorizatários com os instrumentos e as estratégias próprios das teorias apresentadas.

Por fim, a seção 6 desenvolverá a conclusão do estudo.

Pretende-se demonstrar a hipótese de que a incorporação de estratégias e mecanismos regulatórios próprios da teoria da regulação responsiva, bem como a consideração em maior escala dos princípios enunciados pela teoria da regulação inteligente no novo marco regulatório do setor e nos contratos de adesão dos autorizatários é importante para a modernização do setor, a atração de novos investimentos, a melhoria do ambiente regulatório e para a necessária expansão do serviço regulado.

HISTÓRICO DO MARCO REGULATÓRIO DO SETOR DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO E A LEI DAS FERROVIAS

A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que definiu o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos abriu caminho para a realização das concessões ferroviárias na segunda metade dos anos 1990².

O marco do setor de transporte ferroviário foi, portanto, estabelecido a partir dos editais e dos contratos de concessão resultantes do processo de privatização da malha ferroviária da Rede Ferroviária Federal S/A – RFFSA.

Somente com a edição da Lei 10.233, em 5 de junho de 2001, que se definiu a estrutura institucional da atividade regulatória, estabelecendo-se normas gerais para os setores aquaviário e terrestre, bem como criando-se as agências reguladoras correspondentes (Antaq e Antt)³.

Passado algum tempo, alteraram-se os fundamentos do marco regulatório do setor (Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001), com a edição da Lei nº 12.743, de 19 de dezembro de 2012, por meio da qual se tornou possível a possibilidade de outorga da operação do transporte ferroviário de cargas não associado à exploração da infraestrutura ferroviária a Operador Ferroviário Independente (OFI). E, posteriormente, foi instituída a política de livre acesso ao Subsistema Ferroviário Federal, por força do Decreto nº 8.129, de 23 de outubro de 2013, revogado pelo Decreto n. 8.875, de 2016. Nada obstante os esforços realizados, nenhum leilão de trecho ferroviário foi realizado no período.

A Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016 instituiu o Programa de Parcerias de Investimento – PPI⁴, o qual segue a linha dos princípios do antigo Plano Nacional de Desestatização – PND⁵ e passa a ter a atribuição de definir:

- a) as políticas federais de longo prazo para o investimento por meio de parcerias em empreendimentos públicos federais de infraestrutura e para a desestatização;
- b) os empreendimentos públicos federais de infraestrutura qualificados para a

² Entre 1996 e 1999, 25,9 mil km de linhas da extinta RFFSA, divididos em sete malhas geográficas, foram concedidos a empresas privadas.

³ 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.

⁴ [Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016](#), que cria, no âmbito da Presidência da República, o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI, 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.

⁵ [Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997](#), que Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências.

implantação por parceria e as diretrizes estratégicas para sua estruturação, licitação e contratação; c) as políticas federais de fomento às parcerias em empreendimentos públicos de infraestrutura dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios (incs. I a III do art. 4º da Lei nº 13.334, de 2016).

A Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, por sua vez, estabeleceu diretrizes gerais para a prorrogação, prorrogação antecipada e relicitação dos contratos de parceria no setor ferroviário.

O processo de elaboração do novo marco regulatório do setor ferroviário teve início com a tramitação do Projeto de Lei do Senado 261/2018⁶, o qual altera radicalmente o contexto do marco legislativo do transporte ferroviário ao propor novos parâmetros regulatórios para o setor, visando a instituição de ferrovias de titularidade privada e utilidade pública, a serem construídas e exploradas em regime de direito privado. Nada obstante, a proposta mantinha inalterada a legislação aplicável a ferrovias já concedidas sob o regime de direito público.

O PLS 261/2018, dispunha, ainda, sobre a autorregulação ferroviária e sobre segurança do trânsito e transporte, incorporando ao texto legal as disposições do antigo Regulamento de Transporte Ferroviário – RTF, aprovado pelo Decreto nº 1.832, de 4 de março de 1996⁷.

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.

A Medida Provisória nº 1.065, de 2021, revelou um novo marco regulatório para o setor ferroviário no Brasil. As principais novidades foram a possibilidade de delegação por autorização (sob o regime de direito privado) e

⁶ A ementa do PLS 261/2018 foi redigida da seguinte forma: “Dispõe sobre a exploração indireta, pela União, do transporte ferroviário em infraestruturas de propriedade privada; autoriza a autorregulação ferroviária; disciplina o trânsito e o transporte ferroviário”.

⁷ O Regulamento de Transporte Ferroviário - RTF (Decreto nº 1.832, de março de 1996), publicado na sequência da Lei nº 8.987/95, estabelece as definições e os princípios do setor, regulamenta a relação entre a administração pública, as concessionárias e os usuários, bem como aspectos da operação ferroviária e segurança nos respectivos serviços. Encontra-se atualmente com boa parte do texto desatualizado, além de haver fundados questionamentos a respeito de sua constitucionalidade (defende-se que padece do vício de inovar a ordem jurídica, haveria violação da reserva legal do art. 175, da CF88), razão pela qual não será objeto de estudo detido no presente artigo.

de instituição da autorregulação (regulada?). Nos dizeres de Paulo Roberto Azevedo Mayer Ramalho⁸:

Se comparada a uma concessão ou mesmo a uma permissão, nos moldes do que prescrevem as leis brasileiras aplicáveis, a autorização ocorre por meio de um instrumento contratual mais simples, ao passo em o particular interessado assume maior risco pelo empreendimento. Para maiores informações sobre o tema, recomenda-se a leitura do artigo “O novo marco regulatório das ferrovias e a introdução de short lines no modelo ferroviário nacional”, de autoria de Stanley Silva Ribeiro, disponível no link <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/issue/view/172/341>.

As autorizações ferroviárias podem ser outorgadas por dois caminhos: pelo requerimento do interessado, a ser analisado pela autoridade competente; ou pelo chamamento, em processo de iniciativa do Poder Executivo, em que se oferta a exploração de ferrovias planejadas, mas não implantadas, ou mesmo que tenham baixa ou nenhuma operação.

Outra inovação foi a previsão expressa de autorregulação, que possibilita aos autorizatários associarem-se para constituir uma entidade com esse fim, submetida à supervisão da agência reguladora, no caso, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

A Câmara de Consumidor e Ordem Econômica do Ministério Público Federal (3CCR/MPF), chegou a elaborar, em agosto de 2021, nota técnica favorável à aprovação do PLS 261/2018. Para o *parquet*, a proposta “estimula a ampliação da oferta e o aumento da competitividade no setor de transporte de cargas e de passageiros, o que favorece a redução dos custos e contribui para o desenvolvimento socioeconômico do país”⁹.

Ao final, somente em dezembro de 2021 foi sancionada a Lei das Ferrovias (Lei nº 14.273, de 23 de dezembro de 2021), com *vacatio legis* prevista para fevereiro de 2022, conforme pleito das firmas do setor. A referida norma, que consolida o novo marco do setor de transporte ferroviário será, doravante, objeto de exame detido no presente ensaio.

Até o presente momento, o Ministério da Infraestrutura já havia recebido setenta e oito pedidos de novos ramais pela iniciativa privada, tendo havido a

⁸ Conferir em <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/conjur/o-novo-marco-regulatorio-das-ferrovias-brasileiras>, acesso em 25/4/2022.

⁹ Conferir em <https://abifer.org.br/por-meio-de-nota-tecnica-mpf-apoiou-aprovacao-de-pl-que-estabelece-novo-marco-legal-para-as-ferrovias-brasileiras/>, acesso em 25/4/2022.

autorização de construção e operação de 27 ferrovias pelo país, reunidas no Programa de Autorizações Ferroviárias (Pro Trilhos)¹⁰.

BREVE SÍNTESE DAS TEORIAS APOIADAS NA RESPONSABILIDADE

O objetivo desta seção é o de apresentar brevemente as principais teorias apoiadas na responsividade, notadamente as teorias jurídicas da regulação responsiva e da *smart regulation*.

Cumpra observar que o presente autor já realizou síntese das teorias apoiadas na responsividade por ocasião da publicação de artigo no volume 6 da revista **Journal of Law and Regulation**, publicada no ano de 2020¹¹, cujos fundamentos serão em grande parte utilizados e devidamente citados no presente estudo.

Com o intuito de superar a dicotomia entre regular e desregular Ayres e Braithwaite propõem a regulação responsiva (*responsive regulation*), para quem a efetividade da regulação depende da criação de regras que incentivem o regulado a voluntariamente cumpri-las, mediante um ambiente regulatório de constante diálogo entre regulador e regulado (ARANHA, 2019).

A respeito dos fundamentos e dos pressupostos das teorias baseadas na responsividade, este autor (MÉLO FILHO, 2020) consignou:

É relevante ter em mente que a teoria da regulação responsiva é uma teoria em construção, com contribuições e propostas de aperfeiçoamento por meio de estudos realizados desde a década de 70. A referência sobre a teoria é o clássico livro de Ayres e Braithwaite – *Responsive Regulation: transcending de deregulation debate*, publicado em 1992. Dentre as teorias que se apoiam na responsividade, se destacam: a teoria da regulação inteligente (GUNNINGHAM e GRABOSKY, 1998), a qual propõe a utilização de um *mix* de técnicas regulatórias baseadas em princípios de regulação; a estratégia da governança regulatória em rede de Braithwaite (BRAITHWAITE, 2006) e a mais recente proposta do diamante regulatório de Kolieb (KOLIEB, 2015).

¹⁰ Conferir em https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/transporte-terrestre_antigo/programa-de-autorizacoes-ferroviarias/dados-autorizacao, acesso em 08/5/2022.

¹¹ MÉLO FILHO, M. A. *Da regulação responsiva à regulação inteligente: uma análise crítica do desenho regulatório do setor de transporte ferroviário de cargas no Brasil*. **Journal of Law and Regulation**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 144–163, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/31093>. Acesso em: 7 maio. 2022.

A teoria da regulação responsiva busca suplantar a retórica determinista de oposição entre regular e desregular, por meio da qual se defendem posições extremadas de intervenção do estado ou de ausência de necessidade de regulação estatal. A superação de tal discurso ocorre sobretudo baseada nas constatações empíricas dos efeitos prejudiciais dos movimentos históricos de desregulação (AYRES e BRAITHWAITE, 1992).

Assim, a controvérsia em torno do *enforcement* (constrangimento) baseado em punições ou persuasão estaria superada (o clássico jargão alienígena: “*When to punish, when to persuade?*” - BRAITHWAITE, 1985), na medida em que o que estaria em jogo seria o momento adequado para se valer de uma ou de outra medida.

Dentre os pressupostos da teoria da regulação responsiva destaca-se aquele segundo o qual a proximidade, o conhecimento do setor, a interação e a influência entre regulador e o ambiente regulado é o cenário desejado à construção de desenho regulatório mais adequado, eficiente e apropriado para cada setor especificamente. Por suposto, é preciso evitar a captura danosa ao ambiente regulatório, sob pena de ineficiência do modelo adotado.

Afastar por completo a regulação estatal em prol de autorregulação privada é algo impensável pela teoria da regulação responsiva, para a qual a punição e a persuasão são conceitos interdependentes, devendo estar presentes nas condições adequadas e nos contextos específicos. Por sua vez, é equivocada a lógica segundo a qual a autorregulação implica necessariamente a atenuação ou a flexibilização da aplicação de penalidades e consequências pelo descumprimento das normas internas de *conformidade* empresarial. Estas são muitas vezes mais severas e invasivas do que as sanções estatais (BRAITHWAITE, 1985).

Baldwin e Black propõem uma variação da teoria da regulação responsiva, a qual denominam “verdadeira” regulação responsiva (BALDWIN e BLACK, 2007). Para os autores, o regulador deve ser responsivo não somente quanto ao comportamento e às motivações do regulado, mas também com relação “ao ambiente regulatório como um todo, às diferentes lógicas e estratégias regulatórias, à performance do regime e à eventual necessidade de mudança de qualquer um desses esses elementos”¹².

Os instrumentos punitivos da regulação não devem ser rejeitados, mas utilizar-se somente deles é um equívoco que deve ser evitado. Do ponto de vista

¹² MÉLO FILHO, M. A, Op. cit., p. 3.

da teoria da regulação responsiva, deve haver uma escalada gradual de constrangimento (*enforcement*), onde a persuasão seria o estágio inicial. Sobre o tema, consignou-se (MÉLO FILHO, 2020):

A punição como primeira estratégia é dispendiosa, de difícil manejo e contraprodutiva, ao minar a boa vontade dos regulados comprometidos com a conformidade (AYRES e BRAITHWAITE, 1992).

Por isso, sugerem a seguinte pirâmide regulatória (*regulatory enforcement pyramid*), para orientar a autoridade reguladora no uso de medidas de constrangimento (*enforcement*), em que a base, mais abrangente de medidas, é de persuasão, com uma graduação crescente de gravidade das sanções e diminuição de sua abrangência.

Persuasão, advertência, sanção civil, sanção penal, suspensão e cassação da licença representam o escalonamento de medidas interventivas a ser utilizado pelo regulador, em ordem crescente de cooperação e decrescente de aderência à regulação. Pelo princípio do mínimo suficiente, o regulador somente deve chegar ao ponto da pirâmide de constrangimento suficiente para a observância da norma de conformidade.

A tipologia para a aplicação dos constrangimentos legais (*enforcements*) pelo regulador, com vistas à opção pela conformidade do regulado (*compliance*), permite que as autoridades reguladoras possam se utilizar de ampla gama de instrumentos, com margem de manobra diversificada para a otimização da regulação em si mesma.

Enforcement e *compliance* devem funcionar como as duas faces da mesma moeda, de modo que possam se articular quando da regulação para conformação do ambiente de cooperação desejável entre reguladores e regulados, visando a eficiência regulatória. A autoridade deve se valer de uma gradação de medidas que incentivem o cumprimento voluntário e que inibam inobservância, reservando medidas excessivamente gravosas para comportamentos acentuatadamente desviantes (LOPES, 2018).

É importante não esquecer que as pirâmides regulatórias são apenas representações simplificadas da teoria e que não esgotam ou limitam o rol de possibilidades de adaptação e escolhas do regulador. Peter Mascini adverte, ainda, que a redução da teoria da regulação responsiva à representação piramidal acaba deixando de lado aspectos centrais da formulação original, tal como a questão de como a relação entre o mercado, o estado e a sociedade civil na regulação das economias capitalistas deve ser entendida (MASCINI, 2013).

Com o objetivo de adequar a teoria da regulação responsiva aos países “de economias em desenvolvimento”, Braithwaite elaborou a estratégia da governança regulatória em rede ou governança nodal (BRAITHWAITE, 2006) como uma forma de superar o déficit de capacidade regulatória e uma alternativa à intervenção estatal na pirâmide de constrangimentos. Do ponto de vista da governança nodal, a regulação se utiliza de parceiros privados para atenuar a pressão sobre a estrutura estatal dos ônus das medidas de incentivo à conformidade pelo regulado agregando-se gradual e progressivamente atores não-estatais para exercerem pressão sobre o regulado inadimplente¹³.

A estratégia calcada na teoria da regulação inteligente (*smart regulation*) é uma derivação muito importante da teoria da regulação responsiva (conhecida por teoria da regulação ambiental na doutrina estrangeira - *environmental regulation theory*), que defende, em suma, a utilização de uma carta de princípios e de múltiplos e variados instrumentos e mecanismos regulatórios e de atores, com o escopo de produzir uma melhor regulação (GUNNINGHAM e GRABOSKY, 1998). Sobre o tema, calha transcrever síntese exposta pelo autor em ensaio precedente¹⁴:

Identificam-se dois elementos fundamentais para o sucesso do desenho regulatório. Primeiro, apresentam-se cinco princípios do desenho regulatório, cuja aderência se revela crucial para o sucesso da estratégia regulatória. Resumidamente, os princípios enunciados são os seguintes:

Princípio 1. Preferência pela utilização de combinação de instrumentos regulatórios complementares e de participantes ao invés de uma abordagem com instrumento e regulador únicos. Comando e controle, instrumentos econômicos, instrumentos de concertação voluntários e autorregulação são exemplos de diversidade de instrumentos que podem ser combinados em determinadas situações específicas;

Princípio 2. Preferência por medidas menos intervencionistas. Ao aplicar o preceito da menor intervenção, os *policymakers* devem ter em mente a possibilidade de aumentar os níveis de intervenção, se e quando seja necessário, com a utilização de vários instrumentos e/ou combinação deles.

Princípio 3. Escalar os instrumentos da pirâmide regulatória na extensão necessária para atingir os objetivos da política pública. A utilização de instrumentos regulatórios mais drásticos do que aqueles

¹³ É importante destacar que a participação de terceiros como um instrumento anti-captura já havia sido prevista por Ayres e Braithwaite ao tratarem do tripartismo (AYRES e BRAITHWAITE, 1992).

¹⁴ MÉLO FILHO, M. A, Op. cit., p. 8.

necessários para o atingimento do objetivo da política regulatória pode gerar ambiente de desconfiança e enfrentamento que deve ser rechaçado pelas práticas regulatórias que se pretendem eficientes.

Princípio 4. Empoderamento de participantes que estejam na melhor posição para atuar na condição de reguladores substitutos (quase reguladores). Há várias situações nas quais terceiras partes podem jogar um papel importante no processo regulatório, atuando como quase reguladores, tais como as associações industriais, os sindicatos, as instituições financeiras e outros grupos de pressão. Eles podem ser mais eficientes do que a intervenção governamental, há a percepção de maior legitimidade no processo, além de se economizar recursos governamentais limitados.

Princípio 5. Maximização das oportunidades de resultados “ganha/ganha”. A maioria das críticas à regulação convencional recaem sobre a falta de incentivo governamental para que as empresas continuem a melhorar sua performance no meio ambiente regulatório, para além dos padrões de *compliance* (conformidade). A chave para as políticas públicas é garantir que as soluções regulatórias otimizem a oportunidade de resultados do tipo “ganha/ganha” e facilitar e recompensar as empresas por adotarem soluções que vão além do mero *benchmark* (padrão de desempenho) adotado pelo *compliance* regulatório (GUNNINGHAM e GRABOSKY, 1998).

Como uma das formulações mais recentes derivadas da teoria da regulação responsiva, a teoria do diamante regulatório enunciada por Kolieb (KOLIEB, 2015) agrega a pirâmide aspiracional à pirâmide de constrangimento, com mecanismos que vão além da conformidade normativa (*beyond compliance*). A representação do diamante regulatório faz a junção de dois pólos: o aspiracional e o de conformidade. Para o citado autor, a relação regulatória não se encerra com o cumprimento das normas. De baixo para cima tem-se as normas não jurídicas como códigos de conduta e orientações internas, normas estatais que incentivem melhorias internas como manuais de boas práticas de gestão e, no topo, a atribuição de selos de qualidade e de comportamento ético (reconhecimento).

O MODELO NORTE-AMERICANO COMO INSPIRAÇÃO PARA O NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SETOR DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO

A mudança de paradigma do atual modelo regulatório da Lei das Ferrovias, a qual introduziu na legislação a autorregulação e a outorga de trechos ferroviários privados (conhecidos pela denominação de *short lines*) por meio de

contratos simplificados de autorização, foi fortemente inspirada no modelo norte-americano.

De fato, o novo marco do setor introduziu a outorga por autorização das *short lines*, trechos ferroviários construídos e adquiridos pela iniciativa privada, os quais se caracterizam pela extensão, faturamento e investimentos em patamares inferiores aos trechos concedidos sob o regime público de concessões¹⁵.

O modelo americano está ligado ao processo de desregulação do setor nos anos 80 e 90, iniciado com a aprovação do *Staggers Rail Act* de 1980, o qual favoreceu a concorrência intramodal e a eficiência das operações ferroviárias.

Como resultado do abandono de trechos da malha ferroviária (tal como também aconteceu no Brasil) e da simplificação do processo de venda e de devolução desses ativos, houve proliferação das *short lines* nos EUA, notando-se um aumento de 20 em 1980, 470 em 1990 e para 603 atualmente, com um processo concomitante de concentração de empresas. O fato é que hoje elas totalizam 76 mil quilômetros de ferrovias, o que representa 29% da malha do transporte de carga nos Estados Unidos (CNI, 2021).

Característica fundamental desse modelo é a interconexão das *short lines* com os trechos ferroviários maiores e mais complexos, num esquema de complementariedade do transporte ferroviário de cargas. A sua viabilidade está vinculada à capacidade de operação com custos reduzidos e regulação flexível e simplificada, razão pela qual se optou por regime regulatório baseado em contratos de autorização, utilizando-se a estratégia da autorregulação (voluntária e regulada, como será visto).

COTEJO DA LEI DAS FERROVIAS COM AS TEORIAS ENUNCIADAS

A nova Lei das Ferrovias inovou o desenho regulatório do setor de transporte ferroviário e agregou novas possibilidades de estratégias e mecanismos regulatórios de cunho responsivo, conforme sugeriu este autor em artigo anterior, já aqui mencionado algumas vezes.

Com efeito, o PLS nº 261/2018 foi aprovado na forma da Emenda Substitutiva da Comissão de Serviços de Infraestrutura (ES-CI) ao PLS 261/2018, transformando-se na atual Lei n. 14.273, de 23 de dezembro de 2021.

¹⁵ O critério utilizado para a caracterização das *short lines* nos Estados Unidos é o faturamento. São consideradas ferrovias *Class III* aquelas com faturamento de até 35,8 milhões. *Class II*, aquelas entre US\$ 35,8 milhões a 447,6 milhões; e *Class I*, as com faturamento superior a esse último valor (fonte: “**Novo marco legal ferroviário: avanços e pontos de atenção ao PLS 261/2018/Confederação Nacional da Indústria – Brasília: CNI, 2021**”).

Logo na enunciação dos princípios a serem perseguidos pela política setorial (art. 4º e incisos¹⁶), é possível notar uma mudança de postura do legislador ao encontro da responsividade. Assim é que são previstos mecanismos responsivos de informação e de transparência (proteção e respeito aos direitos dos usuários), motivacionais ao investimento privado (redução do custo logístico), do jogo de “ganha-ganha” (preservação do meio ambiente, aumento da oferta de mobilidade e logística e integração da infraestrutura ferroviária), de *benchmarking* (compatibilidade de padrões técnicos e eficiência administrativa), de mercado (distribuição de rotas de determinada malha ferroviária entre distintas operadoras ferroviárias, de modo a impedir a concentração de origens ou destinos e defesa da concorrência) e de menor intervenção e ausência/mitigação de efeitos perversos (regulação equilibrada).

Além disso, o parágrafo único¹⁷ do referido art. 4º prevê a aplicação dos mecanismos de mercado da livre concorrência, da liberdade de preços e da livre iniciativa de empreender à exploração da infraestrutura ferroviária em regime privado.

Os incisos do art. 5º da Lei das Ferrovias seguem lógica similar ao definirem as diretrizes que a exploração econômica de ferrovias deve seguir, proclamando preceitos de fomento, motivacionais, de *benchmarking* internacional e econômicos para o setor¹⁸. Dentre as diretrizes destaca-se, para

¹⁶ Art. 4o A política setorial, a construção, a operação, a exploração, a regulação e a fiscalização das ferrovias em território nacional devem seguir os seguintes princípios: I - proteção e respeito aos direitos dos usuários; II - preservação do meio ambiente; III - redução dos custos logísticos; IV - aumento da oferta de mobilidade e de logística; V - integração da infraestrutura ferroviária; VI - compatibilidade de padrões técnicos; VII - eficiência administrativa; VIII - distribuição de rotas de determinada malha ferroviária entre distintas operadoras ferroviárias, de modo a impedir a concentração de origens ou destinos; IX - defesa da concorrência; X - regulação equilibrada.

¹⁷ Parágrafo único. Além dos princípios relacionados no caput deste artigo, aplicam-se ao transporte ferroviário associado à exploração da infraestrutura ferroviária em regime privado os princípios da livre concorrência, da liberdade de preços e da livre iniciativa de empreender.

¹⁸ Art. 5o A exploração econômica de ferrovias deve seguir as seguintes diretrizes: I - promoção de desenvolvimento econômico e social por meio da ampliação da logística e da mobilidade ferroviárias; II - expansão da malha ferroviária, modernização e atualização dos sistemas e otimização da infraestrutura ferroviária; III - adoção e difusão das melhores práticas do setor ferroviário e garantia da qualidade dos serviços e da efetividade dos direitos dos usuários; IV - estímulo à modernização e ao aprimoramento da gestão da infraestrutura ferroviária, à valorização e à qualificação da mão de obra ferroviária e à eficiência nas atividades prestadas; V - promoção da segurança do trânsito ferroviário em áreas urbanas e rurais; VI - estímulo ao investimento em infraestrutura, à integração de malhas ferroviárias e à eficiência dos serviços; VII - estímulo à ampliação do mercado ferroviário na matriz de transporte de cargas e de passageiros; VIII - estímulo à concorrência intermodal e intramodal como inibidor de preços abusivos e de práticas não competitivas; IX - estímulo à autorregulação fiscalizada, regulada e supervisionada pelo poder público; X - incentivo ao uso racional do espaço urbano, à mobilidade

fins do presente estudo, aquela prevista pelo inc. IX, qual seja, o “estímulo à autorregulação fiscalizada, regulada e supervisionada pelo poder público” (o que parece ser o estímulo à autorregulação regulada).

A autorregulação regulada na Lei das Ferrovias

A principal inovação ao marco regulatório está relacionada à inclusão, no [art. 43](#) e seguintes, da possibilidade da estratégia da autorregulação no setor ferroviário (Capítulo VII - Da autorregulação ferroviária), em princípio, associada à exploração da infraestrutura ferroviária em regime privado, materializada por meio de contrato de autorização.

Fala-se em autorregulação como uma forma genérica de estratégia regulatória que pode ter vários significados. Assim, tem-se a autorregulação voluntária e a autorregulação regulada ou constrangida.

A **autorregulação voluntária** se caracteriza pela ausência de controles externos e pela presença de controles internos teoricamente mais rígidos para o regulado do que as intervenções do poder público. Encontra espaço, mais comumente, em iniciativas de desregulação, na qual se substitui a regulação interventiva estatal por espaços autorregulados. Sob o viés da teoria da regulação responsiva, recomenda-se que tais iniciativas de desregulação contenham sempre previsões de reversão (ARANHA, 2019).

Há diferença fundamental entre a utilização da autorregulação voluntária em setores jamais regulados e naqueles nos quais será preciso haver um processo de desregulação, naturalmente mais arriscado. É importante dizer que a autorregulação voluntária se diferencia do mero voluntarismo e dos mecanismos de mercado (negociados), os quais se encontram posicionados mais na base da pirâmide de mecanismos regulatórios, ainda na esfera do *compliance* voluntário e negociado (ARANHA, 2019).

Todavia, a espécie autorregulatória referida originalmente pela teoria da regulação responsiva é a **autorregulação regulada, obrigatória ou constrangida**. Por meio da citada estratégia, o regulado propõe disciplina normativa para o setor, a qual é ratificada pelo regulador. O regulado incorpora as consequências das medidas de *enforcement* estatais (punições) à norma autorregulatória. Depois da ratificação, o regulador pune diretamente eventuais violações. A autorregulação regulada pode acontecer em uma única firma ou em todo um setor.

Na pirâmide de estratégias regulatórias, a autorregulação regulada (*enforced self-regulation*) se situa entre a autorregulação voluntária e a regulação por comando e controle. O diferencial e a vantagem dela é que o seu

eficiente e à qualidade de vida nas cidades.

regime jurídico específico foi pensado e idealizado de acordo com a realidade concreta, o funcionamento e a motivação do setor e dos atores regulados. A regulação estatal por comando e controle tende a produzir regras mais estáveis, ao passo que a autorregulação regulada de matriz responsiva tende a apresentar padrões técnicos mais efêmeros, adequados a setores mais complexos e dinâmicos (GIBSON, 1992).

Outro ponto característico da autorregulação regulada é a internalização dos custos de fiscalização pela firma ou pela indústria do setor, por intermédio da previsão de um departamento de integridade (§2º do art. 44 da Lei das Ferrovias¹⁹), responsável pelo monitoramento, pela fiscalização e pelo cumprimento das recomendações que visem a corrigir a conduta incompatível com as normas do *compliance*. Eventual resistência e descumprimento quanto à observância das regras deve ser imediatamente comunicada à agência reguladora.

Do ponto de vista da regulação responsiva, todas essas estratégias citadas podem ser aplicadas a um mesmo setor, eis que existem segmentos de maior e menor dinamicidade e complexidade, com espaço para a aplicação da autorregulação e do comando e controle, regulação intrínseca e extrínseca, as quais são interdependentes.

No contexto da Lei das Ferrovias, entende-se que preponderam²⁰²¹ as características da autorregulação regulada, obrigatória ou constrangida. Alguns dispositivos presentes no novo marco regulatório nos fazem concluir nesse sentido, quais sejam:

- a) Previsão expressa de estímulo à autorregulação fiscalizada, regulada e supervisionada pelo poder público (inc. IX do art. 5º);

¹⁹ § 2º O autorregulador implementará programa de integridade e canal de ouvidoria.

²⁰ Isso porque pode haver espaço para a autorregulação voluntária nos casos, por exemplo, de regulação de temas técnico-operacionais da operação das ferrovias, tal como previsto pelo parágrafo único do art. 46 da Lei em exame. Como se disse, dentro de um mesmo desenho regulatório setorial, pode haver espaço para a utilização de diversas estratégias regulatórias, como parece ser o caso da Lei das Ferrovias. É possível identificar a previsão de mecanismos de mercado negociados, de autorregulação voluntária, de autorregulação regulada e de comando e controle.

²¹ Nesse sentido, afirma-se que o **pluralismo regulatório** é uma das características fundamentais ao desenho regulatório responsivo, o que significa a existência de previsão normativa e a utilização de múltiplos e variados instrumentos regulatórios bem ajustados e adequados quanto ao rigor ou à flexibilidade, quanto à maior liberdade ou ao maior controle/intervenção estatal. Nada obstante, o modelo responsivo também deve estar aberto à utilização de um único instrumento regulatório, quando se entender mais adequado ao contexto setorial.

- b) A promoção da autorregulação está condicionada à edição de decreto regulamentador da autoridade pública competente (*caput* do art. 43);
- c) O estatuto a ser elaborado pela associação autorregulatória (fruto da associação das operadoras ferroviárias) deverá observar a Lei das Ferrovias e o seu decreto regulamentador (*caput* do art. 43);
- d) Previsão de competência do autorregulador para a solicitação ao órgão regulador de revogação e alteração de normas incompatíveis com a eficiência ou com a produtividade ferroviárias (inc. V do art. 44), o que implica o reconhecimento de normas regulatórias estatais balizadoras da regulação privada;
- e) Incorporação dos custos de fiscalização pelo autorregulador, com a previsão de obrigatoriedade de implementação de programa de integridade e de canal de ouvidoria (§ 2º do art. 44);
- f) O autorregulador se submete à supervisão do regulador ferroviário, a quem cabe resolver as contestações e decidir os conflitos ferroviários, circunstância que indica a clara necessidade de observância de diretrizes de origem estatal (art. 46);
- g) O parágrafo único do art. 46 prevê a possibilidade de interferência do regulador ferroviário na autorregulação, ainda que excepcionalmente, em temas técnicos-operacionais da operação das ferrovias.

Assim, pode-se dizer que a autorregulação prevista pela Lei das Ferrovias contempla, preponderantemente, um espaço regulatório de liberdade controlada, notando-se a presença de controle extrínseco estatal na esfera da regulação privada, a ser exercido sobretudo por meio da supervisão da agência reguladora.

Proposta de sistematização piramidal de preceitos regulatórios responsivos (finalidade, estratégia ou mecanismo) da Lei das Ferrovias

A recém editada Lei das Ferrovias foi gestada num contexto de bastante acúmulo teórico acerca das teorias baseadas na responsividade e de seus preceitos e de muito debate no parlamento entre os segmentos do mercado, do governo e da agência reguladora competente. A referida Lei das Ferrovias se origina do PLS 261/2018, passa pela edição da Medida Provisória nº 1.065, de 2021 e pela Emenda Substitutiva da Comissão de Serviços de Infraestrutura

(ES-CI) ao PLS 261/2018, transformando-se na atual Lei n. 14.273, de 23 de dezembro de 2021.

Por essa razão, o texto final da Lei n.º 14.273, de 23 de dezembro de 2021, agrega novos instrumentos e estratégias de viés responsivo ao setor, já há muito pleiteados pelos diversos segmentos interessados. Muito embora represente uma complementação necessária e positiva em termos de evolução e consolidação da política regulatória, deixa de avançar na oportunidade de agregação de atores não estatais ao processo regulatório, além de deixar de incluir em algumas ocasiões²² a figura do operador ferroviário independente ou, nos dizeres da nova lei, dos transportadores desvinculados da gestão da infraestrutura.

Nesse sentido, é importante lembrar a advertência feita por Peter Mascini no sentido de que, na origem, Ayres e Braithwaite acreditavam em uma **ordem institucional mista**, onde o mercado, a sociedade, o estado e as associações exercem reciprocamente compensação de poder e verifica os graves perigos quando qualquer outra ordem institucional é dominante. A regulação responsiva é frequentemente reduzida à pirâmide regulatória e isso significa que a interpretação dominante a respeito da regulação responsiva tem sido separada de sua fundação ideológica. O autor conclui afirmando que despolitizar a regulação responsiva por intermédio de sua redução à pirâmide de *enforcement* “se ajusta habilmente ao programa neoliberal de encontrar soluções técnicas para os problemas de política pública, em vez de repensar o balanceamento das relações entre o mercado, o estado e a sociedade civil” (MASCINI, 2013).

Com o objetivo de realizar a comparação das principais normas da nova Lei das Ferrovias (Lei n.º 14.273, de 23 de dezembro de 2021) com as teorias responsivas enunciadas de forma didática e objetiva, a seguir se propõem quadros sistemáticos que fazem as vezes de cada uma das camadas da pirâmide de preceitos regulatórios responsivos (finalidade, estratégia ou mecanismo):

Preceitos regulatórios de diálogo, persuasão e voluntarismo	
<i>Lei das Ferrovias (Lei n.º 14.273, de 23 de dezembro de 2021)</i> ²³	<i>Preceito regulatório (finalidade, estratégia ou mecanismo)</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Estímulo pela ANTT à formação de conselhos de usuários, no âmbito de cada ferrovia explorada em regime público, para a defesa de interesses 	<ul style="list-style-type: none"> • favorece o diálogo cooperativo e reconhece a existência de níveis de agregação de atores regulados

²² Conferir críticas a respeito da não inclusão dos transportadores desvinculados da gestão da infraestrutura em vários dispositivos da nova lei das ferrovias em “**Novo marco legal ferroviário: avanços e pontos de atenção** ao PLS 261/2018 / Confederação Nacional da Indústria – Brasília: CNI, 2021.”

²³ Por uma questão pragmático-funcional, optou-se por não especificar os dispositivos legais correspondentes da Lei n.º 14.273, de 23 de dezembro de 2021.

relativos aos serviços prestados	
<ul style="list-style-type: none"> • diretriz de promoção de desenvolvimento econômico e social por meio da ampliação da logística e da mobilidade ferroviárias; promoção da segurança do trânsito ferroviário em áreas urbanas e rurais 	<ul style="list-style-type: none"> • estímulo de mercado e voluntarismo
<ul style="list-style-type: none"> • diretriz de expansão da malha ferroviária, modernização e atualização dos sistemas e otimização da infraestrutura ferroviária; estímulo à ampliação do mercado ferroviário na matriz de transporte de cargas e de passageiros 	<ul style="list-style-type: none"> • estímulo de mercado, novas tecnologias e voluntarismo
<ul style="list-style-type: none"> • diretriz de adoção e difusão das melhores práticas do setor ferroviário, modernização e ao aprimoramento da gestão da infraestrutura ferroviária e garantia da qualidade dos serviços e da efetividade dos direitos dos usuários; valorização e à qualificação da mão de obra ferroviária 	<ul style="list-style-type: none"> • mecanismo de voluntarismo
<ul style="list-style-type: none"> • diretriz de estímulo ao investimento em infraestrutura, à integração de malhas ferroviárias e à eficiência dos serviços; estímulo à concorrência intermodal e intramodal como inibidor de preços abusivos e de práticas não competitivas 	<ul style="list-style-type: none"> • estímulo de mercado e voluntarismo
<ul style="list-style-type: none"> • diretriz de estímulo à autorregulação fiscalizada, regulada e supervisionada pelo poder público; 	<ul style="list-style-type: none"> • estímulo à autorregulação regulada e instrumento de persuasão
<ul style="list-style-type: none"> • diretriz de incentivo ao uso racional do espaço urbano, à mobilidade eficiente e à qualidade de vida nas cidades. 	<ul style="list-style-type: none"> • orientação e voluntarismo

Tabela 1 – Preceitos regulatórios de diálogo, persuasão e voluntarismo

Mecanismos de mercado, contratuais ou negociados	
<i>Disposição normativa Lei nº 14.273, de 23 de dezembro de 2021)</i>	<i>Preceito regulatório (finalidade, estratégia ou mecanismo)</i>
<ul style="list-style-type: none"> • exploração indireta de ferrovias em regime privado de autorização, com prazo determinado 	<ul style="list-style-type: none"> • mecanismo de mercado – contrato de adesão
<ul style="list-style-type: none"> • exploração indireta de ferrovias em regime público de concessão 	<ul style="list-style-type: none"> • mecanismo de mercado – contrato de concessão
<ul style="list-style-type: none"> • garantia de liberdade de preços no regime 	<ul style="list-style-type: none"> • mecanismo de mercado – livre

privado de exploração	concorrência
<ul style="list-style-type: none"> possibilidade de outorga de outras ferrovias, ainda que compartilhem os mesmos pares de origem e destino ou a mesma região geográfica 	<ul style="list-style-type: none"> mecanismo de mercado – comunidade de destino partilhado (<i>smart regulation</i>)
<ul style="list-style-type: none"> liberdade da oferta de capacidade de transporte a agente transportador ferroviário no regime privado de autorização 	<ul style="list-style-type: none"> mecanismo de mercado – competição
<ul style="list-style-type: none"> oferta de capacidade mínima para a execução do transporte por agente transportador ferroviário estabelecida no contrato de outorga nos regimes públicos de concessão 	<ul style="list-style-type: none"> mecanismo de mercado – contrato de concessão
<ul style="list-style-type: none"> possibilidade de desativações e devoluções de ramais a pedido, compensação e investimento do valor da indenização 	<ul style="list-style-type: none"> <i>compliance</i> negociado
<ul style="list-style-type: none"> habilitação de usuário investidor e de investidores associados 	<ul style="list-style-type: none"> <i>compliance</i> negociado, instrumento econômico de concertação voluntária; estímulo governamental para maximizar oportunidade de resultados do tipo “ganha/ganha”
<ul style="list-style-type: none"> compartilhamento de infraestrutura ferroviária²⁴ 	<ul style="list-style-type: none"> <i>compliance</i> negociado, comunidade de destino partilhado
<ul style="list-style-type: none"> requerimento de adaptação do contrato de concessão para o contrato de autorização pelas concessionárias ferroviárias federais 	<ul style="list-style-type: none"> <i>compliance</i> negociado – contrato de autorização adaptado

Tabela 2 – Mecanismos de mercado, contratuais ou negociados

Instrumentos de autorregulação e metarregulação	
<i>Disposição normativa Lei nº 14.273, de 23 de dezembro de 2021)</i>	<i>Preceito regulatório (finalidade, estratégia ou mecanismo)</i>
<ul style="list-style-type: none"> Implementação de programa de integridade e de canal de ouvidoria pelo autorregulador 	<ul style="list-style-type: none"> autorregulação voluntária
<ul style="list-style-type: none"> promoção da autorregulação por meio de associação das operadoras ferroviárias, nos termos do decreto regulamentador; funções da autorregulação ferroviária; supervisão do 	<ul style="list-style-type: none"> autorregulação regulada - típico instrumento de metarregulação

²⁴ O compartilhamento de infraestrutura ferroviária foi previsto pelo art. 41 da nova Lei de Ferrovias, o qual dispõe que ele deve observar as regras do instrumento de outorga das concessões públicas ou do acordo comercial nas autorizações privadas. Em outras palavras, as questões relacionadas ao direito de passagem e ao tráfego mútuo deverão ser definidas nos contratos correspondentes, medida acertada em nosso entender, tendo em vista as peculiaridades de cada outorga e o dinamismo do tema.

autorregulador pela agência reguladora	
<ul style="list-style-type: none"> • elaboração de normas para a segurança do trânsito e do transporte ferroviários pela União; 	<ul style="list-style-type: none"> • elaboração estatal do desenho regulatório, regulação por sanção discricionária e vinculada
<ul style="list-style-type: none"> • regulação e outorga da exploração de ferrovias pela União; regulação, controle, fiscalização e penalização das operadoras ferroviárias quanto a questões técnicas, operacionais, ambientais, econômicas, concorrenciais e de segurança pela União; regulação da segurança do trânsito e do transporte ferroviários 	<ul style="list-style-type: none"> • elaboração estatal do desenho regulatório, regulação por sanção discricionária e vinculada
<ul style="list-style-type: none"> • realizar e manter, na forma da regulamentação, o registro dos atos constitutivos autorreguladores 	<ul style="list-style-type: none"> • governança e transparência
<ul style="list-style-type: none"> • conciliar, dirimir e decidir os conflitos não resolvidos pela autorregulação 	<ul style="list-style-type: none"> • persuasão no <i>front</i>, menor intervenção
<ul style="list-style-type: none"> • cláusulas obrigatórias do edital e do contrato no regime público e privado; cláusulas obrigatórias de investimentos em inovação e preservação da memória ferroviária 	<ul style="list-style-type: none"> • exigência de melhorias, de avaliação de performance e proteção aos usuários
<ul style="list-style-type: none"> • exigência de informação ao regulador ferroviário da ocupação da capacidade instalada na ferrovia; exigência de disponibilização de ouvidoria 	<ul style="list-style-type: none"> • exigência de informação e transparência; proteção aos usuários
<ul style="list-style-type: none"> • cláusula de solução extrajudicial de divergências contratuais (arbitragem) no âmbito do contrato de autorização 	<ul style="list-style-type: none"> • persuasão no <i>front</i>, menor intervenção

Tabela 3 – Instrumentos de autorregulação e de metarregulação

Comando e controle	
<i>Disposição normativa (Leis nº 8.987/95, nº 10.233/01, nº 13.448/17 e nº 13.848/19)</i>	<i>Preceito regulatório (finalidade, estratégia ou mecanismo)</i>
<ul style="list-style-type: none"> • repressão a práticas anticompetitivas e ao abuso do poder econômico na exploração indireta de ferrovias 	<ul style="list-style-type: none"> • sanção penal ou civil
<ul style="list-style-type: none"> • autorizar, suspender, interditar e extinguir o tráfego ferroviário 	<ul style="list-style-type: none"> • comando e controle
<ul style="list-style-type: none"> • realizar fiscalização nas ferrovias federais quanto a aspectos de segurança; fiscalizar a segurança do trânsito e do transporte ferroviários 	<ul style="list-style-type: none"> • monitoramento e comando e controle
<ul style="list-style-type: none"> • aplicação de sanções de competência da ANTT previstas no contrato de autorização 	<ul style="list-style-type: none"> • escalonamento das sanções

(advertência, multa, suspensão, cassação e declaração de inidoneidade);	
• hipóteses de extinção da outorga em regime de autorização	• escalonamento e sanções incapacitantes

Tabela 4 – Comando e Controle

Desde logo, adverte-se que a sistematização proposta não tem a pretensão de esgotar o exame dos preceitos regulatórios responsivos da nova e complexa Lei das Ferrovias e das cláusulas dos contratos de autorização firmados.

Pela configuração dos quadros sistemáticos acima expostos, é possível construir representação piramidal de preceitos regulatórios responsivos, constando da base o diálogo, a persuasão e o voluntarismo da tabela 1 (persuasão); nas camadas intermediárias os preceitos de mercado, contratuais ou negociados e os instrumentos de autorregulação e de metarregulação das tabelas 2 e 3 (dissuasão) e, no topo, os preceitos de comando e controle da tabela 4 (medidas incapacitantes).

A pirâmide de preceitos regulatórios responsivos proposta mantém a base (*compliance* voluntário) com dimensões equivalentes à regulação até então existente, mas amplia consideravelmente a extensão das camadas intermediárias (*compliance* negociado e *enforcement*), alongando o corpo da pirâmide e tornando o desenho regulatório mais responsivo de um modo geral. O topo da pirâmide (*enforcement* do tipo *top-down*) também se manteve estável com relação aos instrumentos de comando e controle já previstos anteriormente.

O modelo do contrato de autorização²⁵, firmado com os autorizatários do novo regime, prevê na cláusula décima segunda a aplicação das penas de advertência, multa, suspensão, cassação e declaração de inidoneidade. Espelham esquema de comando e controle já existente, sem inovações, revelando escassez de medidas punitivas e dificuldade de escalada e desescalada eficiente de constrangimentos. Não foram identificados, tal como na legislação precedente, mecanismos regulatórios que possibilitem a desescalada de sanções.

A cláusula quarta do contrato de autorização²⁶ e o correspondente Anexo II tratam dos prazos e do cronograma para a implantação dos investimentos e início da operação nas ferrovias privadas. Não há menção às metas de desempenho, talvez por não fazer sentido que a regulação estatal estabeleça metas de produção em ferrovias privadas (o que implicaria em contradição com

²⁵ As minutas dos contratos firmados até o momento podem ser encontradas em https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/transporte-terrestre_antigo/programa-de-autorizacoes-ferroviarias/contratos-de-autorizacao. Acesso em 13/5/2022.

²⁶ 4.1. A AUTORIZATÁRIA deverá cumprir os prazos do cronograma para implantação dos investimentos e início da operação ferroviária, de que trata o Anexo II deste contrato.

o preceito responsivo da menor intervenção), mas tão somente o seu funcionamento em boas condições de qualidade.

Mais uma vez, o legislador perdeu a oportunidade de prever instrumentos de governança em rede ou de uma estratégia de governança nodal, como uma alternativa aos constrangimentos estatais, por meio da qual são incluídos gradualmente atores não-estatais ao desenho regulatório, que podem ter melhores condições de pressão junto aos regulados (tais como bancos de financiamento, associações e entidades representativas do setor). Tal é a proposta do modelo expandido de pirâmide regulatória (**pirâmide tridimensional**), que defende a inclusão de organizações comerciais e não-comerciais como reguladores substitutos, o que é também orientação para uma regulação inteligente (*smart regulation*).

Nota-se que a nova Lei das Ferrovias (Lei nº 14.273, de 2021) inovou ao desenho regulatório do setor ferroviário até então existente, além de ter ampliado consideravelmente a variedade e a possibilidade de combinação de estratégias, mecanismos e instrumentos regulatórios responsivos passíveis de utilização. Também houve ampliação dos participantes na regulação pela inclusão da possibilidade da formação de associações autorregulatórias dos operadores ferroviários, muito embora não tenham sido incluídos os transportadores desvinculados da gestão da infraestrutura, sem qualquer razão aparente²⁷. O acesso desses operadores ferroviários independentes à infraestrutura ferroviária é fator relevante para a concorrência intramodal na prestação de serviços de transporte ferroviário.

É importante lembrar que o desenho regulatório pensado para a nova Lei das Ferrovias ainda se encontra em construção, na medida em que a implementação de vários instrumentos/mecanismos/estratégias foi condicionada à regulamentação posterior (seja por meio de decreto presidencial, seja por intermédio de resolução da agência reguladora). Assim, merecem atenção os seguintes temas:

- a) regulamentação da execução de transporte ferroviário de cargas ou de passageiros desvinculado da exploração da infraestrutura por agente transportador ferroviário (art. 9º);

²⁷ Segundo “ponto de atenção” levantado em relatório da Confederação Nacional da Indústria – CNI, “a proposta original incluía, como participantes obrigatórios da entidade, representantes dos usuários (passageiros e embarcadores) e da indústria de insumos ferroviários, com participações, com percentuais definidas, na Assembleia Geral e na Diretoria da entidade. Assim, a entidade proposta não constituía propriamente uma entidade de autorregulação, mas sim uma câmara setorial com foco na regulação ferroviária” (“**Novo marco legal ferroviário: avanços e pontos de atenção ao PLS 261/2018 / Confederação Nacional da Indústria – Brasília: CNI, 2021**).

- b) regulamentação de vários aspectos relacionados às desativações e às devoluções de ramais ferroviários (Seção II, do Capítulo IV);
- c) decreto que definirá as regras para a associação das operadoras ferroviárias que promoverão a autorregulação (art. 43)²⁸;
- d) decreto que definirá as regras de supervisão do autorregulador privado pela agência reguladora (art. 46).

Por fim, reitera-se o alerta no sentido de que as suposições e previsões normativas não são suficientes para a real e efetiva avaliação do desenho regulatório setorial proposto, sendo que a sua utilização deve ser demonstrada empiricamente²⁹, preceito que é umas das bases das teorias responsivas enunciadas do presente ensaio.

CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou os aspectos de responsividade presentes no novo desenho regulatório do setor de transporte ferroviário, previsto pela nova Lei das Ferrovias (Lei nº 14.273, de 23 de dezembro de 2021), descortinando os pontos mais relevantes da proposta e a necessidade de aprimoramentos. Foram apresentados os fundamentos teóricos das principais teorias apoiadas na responsividade, que vão da Teoria da Regulação Responsiva originalmente proposta por Ayres e Braithwaite (1992), passando pela teoria da regulação inteligente (*smart regulation*), pela estratégia da governança regulatória em rede e pela mais recente proposta do diamante regulatório.

A questão que foi enfrentada é a seguinte: em que medida o *framework* regulatório da nova lei das ferrovias se identifica e se adequa aos aportes das teorias enunciadas e quais benefícios podem advir de sua previsão e incorporação prática em maior medida.

Para tanto, apresentou-se inicialmente um histórico do marco regulatório do setor ferroviário até se chegar à recém editada Lei das Ferrovias. Realizou-se, ainda, uma síntese das teorias regulatórias apoiadas na responsividade.

Compreendeu-se que o modelo norte-americano das ferrovias *short lines*, outorgadas por processo simplificado de autorização a entidades privada,

²⁸ Já foi constituída a Anfa - Associação Nacional das Ferrovias Autorizadas, que ainda não exerce as funções de autorregulação, por ausência de regulamentação. Neste momento, já foram concedidas 27 autorizações para trechos ferroviários privados e há 78 requerimentos em fase de análise (https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/transporte-terrestre_antigo/programa-de-autorizacoes-ferroviarias/dados-autorizacao).

²⁹ Dorf e Sabel denominaram este processo de **experimentalismo democrático** (DORF, M.; SABEL, C. (1998). **A Constitution of Democratic Experimentalism**. Cornell Law Faculty Publications. Paper 120).

as quais realizam a autorregulação do setor, influenciou fortemente a nova lei brasileira. Na sequência, fez-se um cotejo da nova Lei das Ferrovias com as teorias responsivas enunciadas. Foi possível notar uma mudança de postura do legislador ao encontro da responsividade, eis que foram previstos mecanismos responsivos de informação e de transparência, motivacionais ao investimento, do jogo de “ganha-ganha”, de *benchmarking*, de mercado, de menor intervenção e de ausência/mitigação de efeitos perversos em direção a uma regulação equilibrada.

Salientando-se que o modelo proposto não tem a pretensão de esgotar o exame do novo e complexo *framework* regulatório do setor, propôs-se representação piramidal de preceitos regulatórios responsivos, constando da base o diálogo, a persuasão e o voluntarismo (persuasão); nas camadas intermediárias os preceitos de mercado, contratuais ou negociados e os instrumentos de autorregulação e de metarregulação (dissuasão) e, no topo, os preceitos de comando e controle (medidas incapacitantes). Percebeu-se uma ampliação significativa das camadas intermediárias (*compliance* negociado e *enforcement*), alongando o corpo da pirâmide e tornando o desenho regulatório mais responsivo de um modo geral.

Reconheceu-se o caráter inovador do novo modelo regulatório do setor ferroviário, que além de ter ampliado consideravelmente a variedade e a possibilidade de combinação de estratégias, mecanismos e instrumentos regulatórios responsivos passíveis de utilização (*smart regulation*), também ampliou o rol de participantes na regulação pela inclusão da possibilidade da formação de associações autorregulatórias dos operadores ferroviários. Autorregulação regulada, outorga por autorização das *short lines*, associação autorregulatória, supervisão da autorregulação pela agência reguladora, operações urbanísticas e a segurança do trânsito e do transporte ferroviário são relevantes aspectos inovativos trazidos para o desenho regulatório da Lei das Ferrovias.

Percebeu-se que o novo marco regulatório ferroviário ainda se encontra em construção, na medida em que a implementação de vários instrumentos/mecanismos/estratégias foi condicionada à regulamentação posterior, tais como a execução do transporte por operador ferroviário independente, as desativações e às devoluções de ramais ferroviários, as regras para a associação das operadoras ferroviárias que promoverão a autorregulação e as regras de supervisão do autorregulador privado pela agência reguladora.

Por fim, é relevante reiterar o alerta de que as suposições e previsões normativas não são suficientes para a real e efetiva avaliação do *framework* regulatório, sendo necessária a demonstração empírica do viés responsiva da regulação setorial correspondente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANHA, M. I. **Direito das Telecomunicações**: histórico normativo e conceitos fundamentais. 3ª ed., London: Laccademia Publishing, 2015.
- ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório**: Fundamentos de Direito Regulatório. 5ª ed., London: Laccademia Publishing, 2019.
- ASSIS, A. C. V. et al. Ferrovias de Carga Brasileiras: Uma Análise Setorial. **BNDES Setorial**, n. 46, 2017.
- AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- BALDWIN, R.; BLACK, J. Really Responsive Regulation. **LSE Law, Society and Economy Working Papers**, Londres, v. 15, 2007.
- BRAITHWAITE, J. **To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety**. Albany: State University of New York Press, 1985.
- BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation and Developing Economies. **World Development**, v. 34, n. 5, p. 884-898, 2006.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Novo marco legal ferroviário**: avanços e pontos de atenção ao PLS 261/2018/Confederação Nacional da Indústria – Brasília: CNI, 2021.
- DORF, M.; SABEL, C. (1998). **A Constitution of Democratic Experimentalism**. Cornell Law Faculty Publications. Paper 120.
- EPL – EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA. **Transporte inter-regional de carga no Brasil**. Panorama 2015, 2016.
- 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**, 2016.
- GUNNINGHAM, N.; GRABOSKY, P. **Smart Regulation: Designing Environmental Policy**. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- KOLIEB, J. When to Punish, When to Persuade and When to Reward: Strengthening Responsive Regulation with the Regulatory Diamond. **Monash University Law Review**, v. 41, n. 1, p. 136-162, 2015.
- LOPES, O. A. **Fundamentos da regulação**. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

MASCINI, P. Why was the Enforcement Pyramid so Influential? And what price was paid? **Regulation & Governance**, v. 7, p. 48-60, 2013.

MÉLO FILHO, M. A. Da regulação responsiva à regulação inteligente: uma análise crítica do desenho regulatório do setor de transporte ferroviário de cargas no Brasil. **Journal of Law and Regulation**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 144–163, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/31093>. Acesso em: 7 maio. 2022.

Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório

Contact:

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório
Campus Universitário de Brasília
Brasília, DF, CEP 70919-970
Caixa Postal 04413

Phone: +55(61)3107-2683/2688

E-mail: ndsr@unb.br

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>