

Recebido em 09/11/2021
Aprovado em 12/01/2022

O NOVO MARCO LEGAL DAS FERROVIAS E A INTRODUÇÃO DE SHORT LINES NO MODELO FERROVIÁRIO NACIONAL

THE NEW RAILWAY LAW AND THE INTRODUCTION OF SHORT LINES IN THE NATIONAL MODEL

Stanley Silva Ribeiro

Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2021). É advogado da União lotado na Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura, tendo passagem pelo Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos - DECOR da Consultoria-Geral da União e pela Assessoria do Gabinete do Consultor-Geral da União.

SUMÁRIO: Introdução. 1 *As short lines* no modelo ferroviário nacional. 2 Constitucionalidade do regime de autorização ferroviária. 3 As cautelas necessárias em um ambiente de assimetria regulatória. Conclusão. Referências.

RESUMO: O trabalho aborda os aspectos legais e dogmáticos da regulação do serviço de transporte ferroviário, especialmente a pretendida introdução do instituto da autorização, sob regime de direito privado, mediante o Projeto de Lei do Senado nº 261, de 2018. Em especial, é analisado o modelo de assimetria regulatória, com enfoque nos mecanismos necessários para se obter um ambiente assimétrico sustentável, em que se sejam preservados os direitos e obrigações dos prestadores de serviço ferroviário, ao tempo em que se fomenta a concorrência e eficiência. A metodologia utilizada foi a dogmática, com análise da legislação, jurisprudência e doutrina especializada.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação de Serviço Público. Assimetria Regulatória. Atividade Econômica Privada. Ordem Econômica. Infraestrutura Ferroviária.

ABSTRACT: The paper addresses the legal and dogmatic aspects of rail transport regulation, especially the authorization, based on private law, through the Senate Bill 261, from 2018. In particular, the asymmetry regulation model shall be analysed, focusing on the mechanisms necessary to achieve a sustainable asymmetric environment in which the rights and obligations of railway service providers are preserved, while the competition and efficiency are fostered. The methodology used was dogmatic, with analysis of legislation, jurisprudence and specialized doctrine.

KEYWORDS: Public Service Regulation. Asymmetric Regulation. Private Economic Activity. Economic Order. Rail Infrastructure.

INTRODUÇÃO

No Brasil, existe uma grande e preocupante desproporção na distribuição da capacidade de carga por modal de transporte. Esse problema atrasa o desenvolvimento econômico brasileiro há décadas, ainda que ao longo dos anos muitas tentativas de reverter essa situação tenham sido levadas a efeito. O resultado disso é um custo logístico altíssimo, que impede nossa economia de desempenhar melhor internamente e de se apresentar mais competitiva no cenário internacional.

O transporte ferroviário brasileiro é deficiente, obrigando as empresas a utilizarem do modal rodoviário e muitas vezes do hidroviário, por não terem outra opção para transportar suas cargas. É evidente a necessidade de aumento da nossa malha ferroviária para que se possa obter uma maior participação deste modal dentro da matriz de transporte brasileira.

As ferrovias que têm melhores desempenhos operacionais são as ferrovias operadas pela Vale para o transporte de minério de ferro, sendo elas a Vitória-Minas e Estrada de ferro Carajás. Essas ferrovias apresentam linhas em ótimas condições de operação, permitindo que os trens circulem em velocidades razoáveis e com capacidade de transporte considerável (CARVALHO, 2017, p. 15).

Em 2018, o Senador José Serra propôs o Projeto de Lei nº 261, que estabelece um novo marco legal para as ferrovias brasileiras, com o objetivo de minorar as ineficiências existentes em função de diversas questões regulatórias. Da justificativa que acompanhou a proposta legislativa destacam-se os seguintes excertos:

A história ferroviária do Brasil é marcada por diversas oportunidades perdidas. Em virtude disso, conquanto a economia brasileira figure em 7º lugar no ranking global, nossa infraestrutura ferroviária, segundo o Fórum Econômico Mundial, ocupa a modesta 88ª posição entre 137 países analisados.

Segundo dados do Governo Federal, as ferrovias brasileiras transportam somente 15% das cargas em termos de tonelage por quilometro útil, a mesma proporção de meados da década de 1990. Em extensão de trilhos ativos, retrocedemos aos níveis de 1911, apesar de todos os avanços em produtividade e segurança possibilitados pelas concessões ferroviárias.

(...)

Parte significativa deste atraso está na grande dependência de investimentos públicos para desenvolvimento do setor, mesmo na hipótese de outorga por concessão. O fato é que no Brasil dispomos de 8.534 km de ferrovias abandonadas, 51.530 km de ferrovias planejadas e pouco mais de 10.000 km de ferrovias ativas, em plena operação.

Estimativas da Confederação Nacional da Indústria – CNI apontam que, ao se excluir as cargas de minério de ferro, as ferrovias são utilizadas para apenas cerca de 4% da nossa matriz de transporte. Mesmo com o crescimento do volume transportado e dos investimentos na malha nos últimos anos, a quantidade e a variedade de mercadorias movimentadas nesse modal estão muito abaixo do seu potencial (CONFEDERAÇÃO..., 2021. p. 7).

A grande premissa do PLS 261 é manter a presença estatal nos segmentos onde ele seja realmente necessário, por razões de cunho social, técnico ou econômico, diretamente ou mediante concessão, ao tempo em que se busca atrair investimentos privados para construção da infraestrutura em regime de competição, onde haja interesse do mercado.

O Projeto de Lei sofreu diversas alterações desde sua propositura inicial, apresentando uma gama de modificações regulatórias que extrapolam os estritos limites e o escopo deste trabalho.

Nesse sentido, iremos nos deter na introdução de uma nova ordem de ferrovias, construídas ou adquiridas pela iniciativa privada por meio de outorgas de autorização, com custos e regulação amenizados. Essa modalidade de exploração, utilizada em trechos menores e conhecida internacionalmente como *short line*, facilita os investimentos na expansão das linhas e em trechos ociosos, fomentando o compartilhamento das ferrovias.

Nos Estados Unidos, as *short lines* foram essenciais para o aumento da eficiência e do volume de cargas transportadas nos últimos anos, incentivando e ampliando a integração da malha ferroviária. O setor produtivo se beneficiará imensamente desse novo cenário, que equilibra e diversifica a matriz de transportes, de forma a reduzir o custo logístico.

Por sua vez, considerando que as alterações normativas importam em modelo dual, marcado pela assimetria regulatória, será objeto de análise a constitucionalidade do uso de tal modelo no âmbito do transporte ferroviário, que tem o dever de proteger os investidores já existentes sob a égide do modelo unitário em voga até hoje.

A metodologia utilizada é a dogmática ou instrumental e em razão do caráter eminentemente técnico-jurídico da problematização torna-se imprescindível a análise da legislação em vigor, bem assim da jurisprudência

e da doutrina especializada. O ponto central do tema está inserto na seara das normas e da coerência do ordenamento jurídico, buscando, de forma pragmática, uma precisa adequação formal voltada à solução de casos concretos do cotidiano dos cidadãos.

Assim sendo, o presente artigo será dividido em três capítulos. O primeiro capítulo tratará da introdução do modelo de autorização para exploração de infraestrutura ferroviária sob regime privado, no contexto do Projeto de Lei do Senado nº 261/2018, de autoria do Senador José Serra, cuja pretensão de inserção em nosso sistema jurídico tem inspiração norteamericana. O segundo capítulo abordará os questionamentos jurídicos envolvendo a constitucionalidade do aventado regime jurídico. Por fim, o terceiro capítulo abordará as preocupações que devem servir de diretriz quando da implementação de modificações que ocasionarão assimetria regulatória no ambiente regulado, de forma a estabilizar o sistema e assegurar os direitos de todos os atores sociais.

1. AS *SHORT LINES* NO MODELO FERROVIÁRIO NACIONAL

O Projeto de Lei do Senado 261/2018 tem como um dos seus propósitos viabilizar a operação no país de uma modalidade de ferrovia, construída e explorada pela iniciativa privada, em regime de direito privado e concomitantemente com ferrovias exploradas em regime de direito público.

Além de efetivamente incluir as ferrovias privadas no modelo atual, o PLS traz para o âmbito legal várias questões e iniciativas que até o momento vinham sendo regulamentadas em atos infralegais e pelas práticas contratuais. Dentre os vários aspectos interessantes da proposta, é de se destacar a introdução de uma saudável concorrência intramodal na malha ferroviária, na medida em que explicitamente se permite a outorga de mais de uma ferrovia em uma mesma região, desde que obedecidos os aspectos técnicos e de segurança viária.

Quanto à instituição das ferrovias de titularidade privada e utilidade pública, construídas ou adquiridas e exploradas pela iniciativa privada em regime de direito privado, a proposta tem como referência experiências de outros países, em particular das *short lines* nos Estados Unidos. Como dito, permanecem as ferrovias de titularidade pública outorgadas mediante concessão.

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.

As operadoras de *Short Lines* geralmente são de pequeno porte e com baixa capacidade de investimento, o que faz com que sua sustentabilidade somente exista em um ambiente de custos e regulação reduzidos (BOSTON..., 1920. p. 25). É exatamente esse *locus* potencializador de desenvolvimento que a proposta legislativa intenta implementar em nosso ordenamento jurídico, haja vista a alta complexidade e a ineficiência, das normas regulatórias aplicáveis aos tradicionais trechos objetos de concessão pública (BRASIL, 2019).

O PLS 261, em sua versão inicial, estabelecia a competência da União em relação ao transporte ferroviário em infraestruturas de propriedade privada. A versão que está em debate na Comissão de Serviços de Infraestrutura possui abrangência maior, tratando de inúmeros temas do sistema ferroviário como um todo, esclarecendo melhor alguns aspectos, como a competência da União para dispor sobre regras relativas à segurança de trânsito e de transporte ferroviários, que se aplica a todas as ferrovias do País, enquanto as competências da União para outorgar a exploração da infraestrutura e a realização do transporte ferroviário restringem-se às ferrovias integrantes do Subsistema Federal Ferroviário (art. 2º).

Nesse contexto, ressaltamos alguns pontos de interesse da proposta legislativa, os quais tangenciam a temática da autorização para exploração ferroviária em regime privado:

- a autorizatária é responsável, por sua conta e risco, pelos investimentos necessários para criação, expansão e modernização das instalações ferroviárias e veda a inclusão de cláusulas que atribuam direitos a equilíbrio econômico-financeiro;
- a autorização pode ser extinta nos casos de advento do termo contratual, cassação, caducidade, decaimento, renúncia, anulação; e falência (arts. 25 a 30). Permite-se, ainda, que a autorizatária, a seu exclusivo critério, desative trechos ferroviários mediante

comunicação ao regulador ferroviário, podendo alienar esses trechos a novo investidor (art. 31);

- a outorga de determinada ferrovia, em regime público ou privado, não impede a outorga de outras ferrovias, ainda que compartilhem a origem e destino ou a mesma região geográfica (art. 9, parag. 1º);
- a autorização para a exploração de ferrovia em regime privado deve ser formalizada por meio de contrato por prazo de duração de 25 a 99 anos (ar. 14), podendo o mesmo ser prorrogado por períodos iguais e sucessivos;
- é garantida ao autorizatário a liberdade para fixação de preços, cabendo aos órgãos de defesa da concorrência a repressão a infrações à ordem econômica (art. 8º);
- o poder público pode alienar, ceder ou arrendar à operadora ferroviária autorizatória bens móveis e imóveis de sua propriedade, para constituir infraestrutura ferroviária a ser operada sob regime privado;
- os bens móveis e imóveis constituintes da ferrovia autorizada não são reversíveis ao poder público quando a respectiva autorização for extinta, exceto na hipótese de cessão ou de arrendamento (arts. 16 e 17);
- a outorga de exploração de ferrovias em regime privado ocorre mediante: (i) a manifestação de interessado ao poder Estatal e (ii) iniciativa do Poder Executivo de promover a exploração econômica de trechos ferroviários ociosos por mais de três anos – ferrovias ociosas (art. 14); e
- a necessidade de inclusão de acesso ferroviário na faixa de domínio de outra ferrovia não inviabiliza a outorga por autorização (art. 18).

No caso das ferrovias ociosas há mais de três anos, o Poder Executivo pode promover chamamento público para identificar interessados na obtenção de autorização para a exploração econômica desses trechos ferroviários. Pela proposta a ociosidade é caracterizada pela existência de bens reversíveis não explorados ou pelo descumprimento das metas de desempenho definidas em contrato de concessão.

Encerrado o processo de chamamento público, que deverá indicar o valor mínimo exigido pela outorga a ser pago no ato da assinatura do contrato, na hipótese de haver mais de uma proposta, o regulador ferroviário deve promover processo seletivo público, observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, sendo o critério de julgamento o maior valor de outorga.

Como grande parte das medidas regulatórias que inserem novidades no sistema vigente, a exploração mediante autorização ferroviária, sob regime privado, é objeto de muitos debates de ordem técnica, econômica, política e jurídica. Destarte, imprescindível tecer algumas considerações a respeito das divergências existentes.

2. CONSTITUCIONALIDADE DA INSTITUIÇÃO DO REGIME DE AUTORIZAÇÃO FERROVIÁRIA

A despeito das inúmeras vantagens desse novo regime de prestação do serviço ferroviário, mister registrar que existem questionamentos de ordem jurídica sobre o tema, mais precisamente no que concerne à constitucionalidade da medida, sendo assim, necessário o devido enfrentamento do tema.

Embora o art. 21, XII, do texto constitucional faça alusão à autorização para prestação do serviço de transporte ferroviário, é preciso reconhecer que não há consenso se o rol de serviços listados no art. 21 constituem, por força do texto constitucional, necessariamente serviços públicos ou se haveria abertura para exploração desses serviços tal qual atividade econômica em sentido estrito.

Aqueles que entendem ser inconstitucional a configuração de um regime de concomitância entre a prestação de uma atividade econômica, submetida a um regime competitivo, e outro subordinado a regime jurídico público. Para alguns tal situação violaria o princípio da isonomia e causaria desequilíbrio entre os prestadores, ante uma suposta violação aos atos jurídicos perfeitos - quais sejam, os contratos de concessão/permissão firmados, previamente, com o Poder Público.

Considerando que os serviços públicos são notadamente caracterizados por uma atividade que, diante de seu elevado grau de interesse social, admita sua exigibilidade em face do ente público, parcela da doutrina entende que tão somente a Administração Pública poderia deter a titularidade de tais atividades, em grau de exclusividade, ainda que sem disposição constitucional ou legal expressa nesse sentido (DI PIETRO, 2012, p. 90-96).

Em reforço ao pensamento de apartar em ambientes distintos as atividades econômicas e os serviços públicos, parcela da doutrina defende

que os conceitos de livre concorrência e livre iniciativa somente devem ser aplicados às atividades econômicas em sentido estrito (JORDÃO, 2009, p. 49). Em se tratando dos serviços públicos, há interpretação pela reserva de exclusividade da titularidade ao ente estatal, em relação quase antagônica (MELLO, 2012, p.701-710), posição em relação a qual discordamos.

A disciplina normativa dos serviços públicos tomou corpo em um contexto social no qual as atividades econômicas relevantes se enquadravam como monopólios naturais e ou legais. Dada a impossibilidade de exploração em regime de concorrência ou em razão de questões estratégicas atreladas à segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo, certas atividades estatais são serviços públicos, mas nem toda atividade de interesse público deve ser exclusiva do Estado.

Prosseguindo na defesa da dicotomia por nós contestada, registra-se as palavras de Grau (2012, p. 128-129), que embora mencione especificamente o serviço portuário, pode-se transpor a ideia para o serviço ferroviário:

47. Daí por que, v.g., a afirmação isolada de que o texto constitucional eleva determinadas parcelas da atividade econômica em sentido amplo à categoria de serviço público (os chamados serviços públicos por definição constitucional) é equívoca, pois inúmeras vezes ocorre incluírem-se tais parcelas na categoria das atividades econômicas em sentido estrito.

Suponha-se tenha a União deixado de prestar serviços de transporte por via fluvial, atividade que, enquanto empreendida por determinada empresa estatal federal, permitia o transporte de produtos agrícolas. O exemplo, de que me sirvo ensejou, recentemente, debate no Supremo Tribunal Federal [refere-se ao RE 220.999-7] a propósito da caracterização dessa atividade como serviço público ou não.

Lembro dizer o art. 21, XII, “d”, da Constituição de 1988, o seguinte: “Art. 21. Compete à União: (...) - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território”.

A mera leitura do preceito constitucional poderia levar-nos à conclusão de que estamos, no caso - serviços de transporte por via fluvial em trajeto que transpõe os limites de um Estado -, diante de serviço público de competência da União. Sucede que, no caso, a empresa estatal federal prestava fundamentalmente serviços de transporte

fluvial de produtos agrícolas, não sendo possível sustentarmos - o exemplo, na versão que dele tomo, é assim, definitivamente - que a sua prestação é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social (Duguit) ou que ele corresponda a um serviço essencial, relativamente à sociedade (Cirne Lima).

Dáí não caber, no caso, a qualificação da atividade de que se cuida (transporte aquaviário) como serviço público.

Essa atividade, no caso, reclama mera autorização para que possa ser empreendida por empresa privada - compreende atividade econômica em sentido estrito.

Outro não é o entendimento de Justen Filho (2011, p. 376-377), ao condicionar a vinculação do serviço à fruição de um direito fundamental para que possa ser qualificado como público:

“Ao discriminar competências dos diversos entes federados, a Constituição refere-se a certas atividades como serviços públicos. O art. 21 contém diversas previsões acerca de serviços públicos (incisos X, XI e XII), o que conduziu parte substancial da doutrina a reconhecer tais atividades como serviços públicos por inerência. Quanto a eles não haveria margem a qualquer inovação ou modificação por parte do legislador infraconstitucional. Esse entendimento é rejeitado. Reputa-se que as atividades referidas nos diversos incisos do art. 21 da CF poderão ou não ser qualificadas como serviços públicos, de acordo com as circunstâncias. Existirá serviço público apenas quando as atividades referidas na Constituição envolverem a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente os direitos fundamentais. (—) Idêntica interpretação prevalece a propósito de todas as previsões contempladas no art. 21. É pacífico que o elenco do art. 21 tem que ser interpretado no sentido de que haverá serviço público somente se presentes alguns requisitos específicos e determinados - sobre os quais o aludido art. 21 silencia. Exige-se o oferecimento de utilidades a pessoas indeterminadas, a exploração permanente da atividade e outros requisitos fixados em lei ordinária. Portanto, não basta a existência da norma constitucional para o surgimento do serviço público. Mais ainda, a lei ordinária pode estabelecer que algumas atividades, subsumíveis ao modelo constitucional, não serão serviço público, e nisso não haverá qualquer inconstitucionalidade.

Mais à frente, referido autor trabalha com a possibilidade de duplicidade de regimes jurídicos, um público e o outro privado, para exploração de serviços de geração de eletricidade (JUSTEN FILHO, 2011, p. 378-379):

Em suma, cabe à lei ordinária determinar a publicização de uma certa atividade e as hipóteses em que configurará serviço público. Isso não equivale a reconhecer uma autonomia ilimitada para o legislador ordinário. Não é indiferente para a Constituição que as atividades referidas nos incisos X a XII do art. 21 sejam tratadas como serviço público ou como atividade econômica em sentido restrito. Tese dessa ordem é indefensável e infringe os arts. 170, 173 e 175 da CF. A Constituição determinou que as atividades referidas no art. 21, X a XII, serão qualificadas como serviço público quando estiver presente o pressuposto necessário: a satisfação imediata de direitos fundamentais. A aplicação prática da tese permite compreender melhor a orientação adotada. Suponha-se o caso da energia elétrica. Considerando o atual estágio tecnológico e cultural, é indispensável à dignidade da pessoa humana a ligação de cada residência à rede de energia elétrica, de modo a assegurar o acesso a utilidades fundamentais.

Portanto, a infraestrutura necessária ao atendimento a essa exigência e à prestação dessas utilidades configura serviço público. Mas isso não significa que toda e qualquer atividade relacionada à geração ou à oferta de energia elétrica caracterizará necessariamente serviço público. Se um sujeito produz energia elétrica para o próprio consumo - por exemplo, para fins industriais -, a atividade não configurará serviço público. Quando muito, haverá a fiscalização por parte do Estado. Essa conclusão é perfilhada de modo incontroverso por parte da doutrina tradicional, a qual afirma que, no caso, estaria ausente um pressuposto do serviço público (consistente no oferecimento de utilidades para pessoas indeterminadas). (...) Existem duas situações inconfundíveis. Há o dever estatal de assegurar o fornecimento de energia elétrica a todos os domicílios. Mas isso não significa que toda e qualquer atividade de geração de energia elétrica seja um serviço público. Além da geração da energia elétrica como um serviço público, pode haver geração como atividade econômica privada.

Em nossa perspectiva, é preciso repensar a noção clássica do serviço público, como algo necessariamente atrelado à prestação exclusiva estatal, para então admitir que atividades relacionadas ao interesse público de

maneira mais branda possam ser exploradas por particulares, sob sua titularidade e exclusiva responsabilidade. As mudanças nas práticas administrativas e nos antigos paradigmas, nos quais o Estado interventor se posiciona como provedor de grande parte das demandas sociais.

Modernamente existe a visão de um Estado Regulador, caracterizado pela atuação normativa e balizadora das atividades econômicas, sem que se acarrete o afastamento de exigências mínimas de respeito aos direitos e garantias individuais (MARQUES NETO, 2009, p. 29-44).

Embora não haja definição clara sobre um conceito de serviço público em nosso ordenamento, inegável que a forma de pensar essa ideia está se modificando. A noção de serviço público cada vez mais é encarada como uma atividade que o poder público tem a obrigação de prestar, ou garantir requisitos mínimos, do que como uma reserva de titularidade do Estado. Nesse sentido, uma atividade afetada à prestação estatal direta e sob regime de direito público pode vir a ser realizada sob regime privado, a depender do contexto político-jurídico analisado e da opção do Estado (JUSTEN FILHO, 2003, p. 12).

Assim, diante de uma ausência de exclusividade estatal, uma atividade seja tida como de interesse público, poderia ser prestada simultaneamente pela iniciativa privada, sob regime privado, e pelo ente estatal, consoante o tradicional de regime jurídico de direito público. O tema já foi trabalhado pela doutrina com a alcunha de *serviços compartilhados ou serviços sociais* (ARAGÃO, 2013, p. 173).

Uma interpretação sistemática do texto constitucional parece conduzir ao entendimento aqui explicitado. O artigo 175 combinado com os artigos 170, 173 e 174 da Constituição Federal de 1988, emerge a compreensão de que o Estado possui o dever de prestar serviços públicos, direta ou indiretamente, sem, contudo, deter a titularidade exclusiva dos mesmos, à semelhança do que ocorre com os serviços de saúde e educação nos artigos 196 e 205 da CF (TORRES, 2015, p. 14).

Na seara infraconstitucional são diversos os diplomas que admitem o instituto da autorização de serviço público. Guardadas as devidas peculiaridades de cada setor, esse regime privado já foi previsto para alguns serviços no âmbito das telecomunicações, conforme previsão trazida pela Lei nº 9.472/97:

Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

Art. 126. A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica.

Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.

§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.

§ 2º A Agência definirá os casos que independem de autorização.

§ 3º A prestadora de serviço que independa de autorização comunicará previamente à Agência o início de suas atividades, salvo nos casos previstos nas normas correspondentes.

§ 4º A eficácia da autorização dependerá da publicação de extrato no Diário Oficial da União.

No caso específico dos serviços de telecomunicações, quando do julgamento da medida cautelar na ADI 1668, o Supremo Tribunal Federal reconheceu expressamente a possibilidade de que os serviços pudessem conviver com regimes jurídicos distintos, em que atividades afins são prestadas tanto em regime de concessão como de autorização.

Mais que isso, a doutrina vem apontando os fundamentos utilizados na decisão poderiam ser aplicados a outros tipos de serviço público, pelo que são constitucionais as leis que disciplinam regime de Direito Privado para serviços estampados no art. 21 da Constituição. Ao referendar o modelo de assimetria regulatória das telecomunicações, o STF admitiu que a constitucionalidade de sua outorga por meio de autorizações, sem licitação e que cabe ao legislador ordinário e à agência reguladora setorial a definição do modo de execução da atividade (MOREIRA, 2014, p. 63).

Recentemente a ADI 1668 teve seu mérito julgado pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2021), o qual, nesse tocante, manteve os argumentos que legitimavam o regime de autorização de serviço público. Vejamos trechos da ementa do julgado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES. LEI 9.472/1997. CRIAÇÃO DE ÓRGÃO REGULADOR. INDEPENDÊNCIA ADMINISTRATIVA. SUPERVISÃO MINISTERIAL. NÃO

CONHECIMENTO. COMPETÊNCIAS ANATEL. DELEGAÇÃO LEGISLATIVA AO PODER EXECUTIVO NÃO VERIFICADA. PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULATÓRIAS. SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. COMPETÊNCIA PARA REALIZAÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO PELO ÓRGÃO REGULADOR. IMPOSSIBILIDADE. LICITAÇÃO. OBEDIÊNCIA À COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. ESTABELECIMENTO DE PREGÃO E CONSULTA COMO MODALIDADE LICITATÓRIA. POSSIBILIDADE. OUTORGA DE SERVIÇOS MEDIANTE CONCESSÃO, PERMISSÃO OU AUTORIZAÇÃO. GLOSA AO PROCEDIMENTO SIMPLIFICADO PREVISTO PARA A PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE REGRAS ESPECÍFICAS PREVISTAS EM LEI PARA O SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES. REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS. CONCOMITÂNCIA ENTRE REGIMES PÚBLICO E PRIVADO. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. PREVISÃO DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO POR MEIO DE AUTORIZAÇÃO. AÇÃO DIRETA CONHECIDA EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

(...)

2. A competência atribuída ao Chefe do Poder Executivo, para expedir decreto em ordem a instituir ou eliminar a prestação do serviço em regime público, em concomitância ou não com a prestação no regime privado, aprovar o plano geral de outorgas do serviço em regime público e aprovar o plano de metas de universalização do serviço prestado em regime público está em consonância com o poder regulamentar previsto no art. 84, IV, parte final, da Constituição Federal.

3. O poder de expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado é imanente à atividade regulatória da agência, a quem compete, no âmbito de sua atuação e nos limites do arcabouço normativo sobre o tema, disciplinar a prestação dos serviços. Interpretação conforme à Constituição para fixar o entendimento de que a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir tais normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem matéria.

(...)

7. A possibilidade de concomitância de regimes público e privado de prestação do serviço, assim como a definição das modalidades do serviço são questões estritamente técnicas, da alçada da agência, a quem cabe o estabelecimento das bases normativas de cada matéria relacionada à execução, à definição e ao estabelecimento das regras peculiares a cada serviço. Assim, a atribuição à agência da competência para definir os serviços não desborda dos limites de seu poder regulatório.

Também digno de destaque o excerto abaixo do voto proferido pelo Ministro Relator Edson Fachin (BRASIL, 2021):

Alega-se a inconstitucionalidade dos arts. 65, III, §§ 1º e 2º; 66; e 69 da Lei, sob o argumento de que o serviço de telecomunicações é essencialmente público, razão pela qual seria inconstitucional a previsão de sua prestação concomitantemente em regime público e privado. Ademais, a definição de serviço público só poderia ser feita por meio de lei específica e não pela Agência, como previu o art. 69.

(...)

Ressalto, no ponto, a superveniência da Lei 13.879/2019, a modificar substancialmente esse quadro ao permitir a adaptação dos atuais contratos de concessão (utilizados para a outorga do serviço de telecomunicações em regime público) para autorização (outorga em regime privado), bem como ao revogar a disposição de lei que classificava as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral, como serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar (art. 4º da aludida Lei).

Oportuno salientar, no ponto, que até o advento da referida Lei, somente para o serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral havia previsão de prestação em regime público (conforme dispunha o art. 64, parágrafo único 1, da lei sob exame e a Resolução 73/1998, art. 13 2, do Conselho Diretor da Anatel) e, ainda assim, estabeleceu-se a possibilidade de sua prestação no regime privado.

(...)

Isso significa que os atuais contratos de concessão poderão, a pedido da companhia, ser adaptados para autorizações. Nesse contexto, deixarão de estar sujeitos às metas de universalização, obrigação de continuidade e controle tarifário, bem como aos controles da Administração relacionados ao regime público de prestação dos serviços. Em contrapartida terão outras obrigações, como o investimento na implantação de infraestrutura de rede de alta capacidade de comunicação de dados em áreas sem competição adequada e a redução das desigualdades, nos termos da regulamentação da Agência (art. 144-B, §§ 2º e 3º)

(...)

Destaco, ainda, que o § 1º do art. 65 foi alterado pela Lei 13.879/2019, que lhe conferiu a seguinte redação: “Poderão ser deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, mesmo sendo essenciais, não estejam sujeitas a deveres de universalização”. Nada obstante, como mantido o intuito do dispositivo como um todo, compreendo inexistir prejudicialidade no conhecimento da ação, no ponto. A medida cautelar quanto a esses dispositivos foi negada pelo Plenário, ao entendimento de que a possibilidade de concomitância de regimes de prestação do serviço, assim como a definição das modalidades do serviço são questões estritamente técnicas, da alçada da agência, a quem cabe o estabelecimento das bases normativas de cada matéria relacionada à execução, à definição e ao estabelecimento das regras peculiares a cada serviço.

(...)

De fato, na exordial sustentam os autores que, em sendo a abrangência do serviço – se restrito ou coletivo – que determina o regime – privado ou público – a ser adotado, não haveria como admitir que um serviço seja ao mesmo tempo de interesse restrito e de interesse coletivo. Ademais, alegam que admitir a coexistência de ambos é violação ao princípio constitucional da isonomia, insculpido no art. 5º da Constituição, pois o mesmo serviço, no âmbito do regime privado, seria delegado a empresas por meio de simples autorização, enquanto que, adotado o regime público, seria imprescindível a adoção de procedimento licitatório prévio à outorga a particulares.

No entanto, a previsão constitucional do artigo 21, inciso XI, permite a exploração “*diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei*”. (grifo do autor)

Portanto, a despeito da previsão mais genérica do artigo 175, no caso dos serviços de telecomunicações, é o texto constitucional que permite a exploração por meio de autorização, o que significa conferir à Administração a faculdade de instituir um regime privado, submetido à livre concorrência – ainda que derogado parcialmente pela regulação estabelecida pela ANATEL.

(...)

A rigor, da leitura da petição inicial, depreende-se que os autores discordam da possibilidade de outorga do serviço de telecomunicações por meio de autorização, regida pelo regime privado.

No entanto, essa foi justamente a intenção da privatização do Sistema Telebrás, qual seja, permitir o ingresso de atores privados na prestação desse serviço público.

Se esta não era a intenção do constituinte originário de 1988, concorde-se ou não, o constituinte reformador operou a modificação de todo o sistema que rege as telecomunicações no País, possibilitando a outorga da atividade à iniciativa privada e que a atividade fosse desempenhada pelo regime privado, por meio de simples autorização.

De fato, a Lei nº 9.472/1997 faz a diferenciação entre a caracterização das atividades submetidas a regime público e aquelas submetidas a regime privado:

(...)

Assim, diante da existência de parâmetros definidores na legislação, e da permissão constitucional para a prestação do serviço de telecomunicações pelo regime privado, por meio de autorização, não assento existir inconstitucionalidade no ponto.

O mesmo entendimento albergado na ADI 1668, pela constitucionalidade de um regime de autorização para prestação de serviço

de interesse público, já havia sido explicitado no julgamento da ADI 4923, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em 2017 (BRASIL, 2017).

Na legislação aplicável ao setor elétrico é possível encontrar previsões análogas, quanto à possibilidade de um regime de autorização:

Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

Art. 6º As usinas termelétricas destinadas à produção independente poderão ser objeto de concessão mediante licitação ou autorização.

A Lei nº 9.074/1995 inaugurou um regime no qual existe uma quebra da cadeia do setor em geração, transmissão, distribuição e comercialização, passando a admitir regimes distintos de acordo com a natureza e especificidade de cada tipo de prestação de serviço. Nesse sistema, “tem-se que: i. a atividade de geração de energia elétrica pode ser sujeita aos regimes jurídicos de serviço público ou geração independente de energia elétrica; ii. a atividade de transmissão de energia elétrica é sujeita ao regime jurídico de serviço público; iii. a atividade de distribuição de energia elétrica é sujeita ao regime jurídico de serviço público; e iv. a atividade de comercialização de energia elétrica não é sujeita ao regime jurídico de serviço público” (SCHIRATO, 2016, p. 258).

O setor portuário traz previsões de terminais de uso privado, conforme legislação de regência:

Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013.

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;

V - (VETADO).

§ 1º A autorização será formalizada por meio de contrato de adesão, que conterá as cláusulas essenciais previstas no caput do art. 5º, com exceção daquelas previstas em seus incisos IV e VIII.

§ 2º A autorização de instalação portuária terá prazo de até 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por períodos sucessivos, desde que:

I - a atividade portuária seja mantida; e

II - o autorizatário promova os investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações portuárias, na forma do regulamento.

§ 3º A Antaq adotará as medidas para assegurar o cumprimento dos cronogramas de investimento previstos nas autorizações e poderá exigir garantias ou aplicar sanções, inclusive a cassação da autorização.

Da mesma forma ocorreu no setor portuário. A Lei nº 12.815/2013 também criou dois regimes de outorga distintos. De um lado, há os serviços do porto organizado e das instalações portuárias nele localizadas, os quais são outorgados pelo poder público mediante concessão ou arrendamento de bem público. Por outro lado, a exploração indireta das instalações portuárias situadas fora da área do porto organizado, submetidas a um regime tipicamente privado, se dá mediante autorização.

Mencionamos ainda as disposições concernentes à Lei nº 12.996, de 18 de junho de 2014, que trata do transporte rodoviário coletivo regular interestadual e internacional de passageiros, autorizado e permitido.

No caso do serviço de transporte coletivo de passageiros, a situação é idêntica à dos casos referidos nas legislações acima mencionadas, sendo razoável imaginar que o legislador possa criar regimes diferenciados de outorga, considerando as peculiaridades de cada tipo de transporte. In casu, o legislador se valeu do instrumento da autorização para aqueles casos em que o melhor cenário pressupõe ampla competitividade entre os agentes privados interessados na execução do serviço (BINENBOJM, 2017, p. 1282).

Cumprе ressaltar que ações de flexibilização do papel do Estado na prestação de serviços não significam, de modo algum, o abandono ou a desregulação total do setor (MOREIRA, 2010, p. 8). O Estado, mesmo sem deter a titularidade de determinado serviço, permanece com inúmeros deveres de ordem constitucional e legal quanto a essas atividades. A vantagem na convivência de regimes é que além da regulação por

comando e controle, o agente terá igualmente incentivos gerados pela competição, estando exposto a riscos próprios desse ambiente concorrencial (BINENBOJM, 2017, p. 1284).

Em outros termos, o fato de se tratar de autorização ou de ser um serviço submetido a um regime privado não faz com que o Estado deixe de regular e fiscalizar a atividade. Bem ao contrário, compete ao Estado regular a atuação das empresas, considerando tratar-se de um serviço de interesse coletivo, o que envolve normatizar a atividade, fiscalizar o cumprimento das normas e aplicar sanções aos infratores.

Observa-se que o projeto de lei em análise busca, como tantos outros em relação aos quais não há notícia de reconhecimento de inconstitucionalidade, conferir um regime privado a atividades que tradicionalmente foram submetidas ao regime público. Desse modo, pressupondo a constitucionalidade da proposta legislativa, necessário examinar o efeito da convivência de eventual regime de autorização ferroviária com a tradicional exploração direta ou por meio de concessão.

3. AS CAUTELAS NECESSÁRIAS EM UM AMBIENTE DE ASSIMETRIA REGULATÓRIA

Por assimetria regulatória entende-se um modelo de prestação de atividade econômica, de relevante interesse público, no qual é permitida a inserção da iniciativa privada na titularidade da exploração, paralelamente à atuação estatal direta ou indireta - contrariando a dinâmica, tradicionalmente associada ao universo dos serviços públicos, em que somente o ente estatal ou seus mandatários poderiam prestar as atividades reservadas à titularidade estatal.

É dizer, tem-se como proposta a criação de uma modelagem de interação que permita a introdução de novos competidores, em concomitância com o ente estatal. Admitindo-se assim que concessionários e autorizatários convivam no desempenho de uma mesma atividade, ainda que afetados a regimes jurídicos distintos (MARQUES NETO, 2002, p. 23).

A flexibilização da titularidade estatal sobre determinada atividade, com a abertura da sua prestação a um regime de concorrência privada, pode proporcionar, com maior eficiência, as vantagens pretendidas pelo regime de serviço público. Em determinados setores a concorrência se revela mais vantajosa que a manutenção de uma atividade como serviço público exclusivo (BINENBOJM, 2014, p. 20).

Nesse contexto, oportuno destacar que o próprio texto constitucional não explicita qualquer vedação para que os agentes econômicos venham a titularizar as atividades tidas como serviços públicos. A pressuposição

de que o serviço público ostenta essencialidade intrínseca que obstará a titularidade da mesma atividade pela iniciativa privada não se sustenta em preceito normativo, não se trata de uma decorrência lógica do ordenamento jurídico. (GARCIA, 2014, p. 221-261)

Haja vista a constatação da plena existência de diversos regimes jurídicos em que o serviço prestado ocorre em um ambiente de assimetria regulatória, bem como o reconhecimento de sua legitimidade constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, importa desenvolver os pontos de atenção na implementação de novos cenários, tal como proposto pelo PLS 261/2018.

Nesses casos, o desafio regulatório reside na inafastável busca pela conciliação entre os distintos interesses envolvidos nas categorias de agentes da cadeia tripartite desse sistema, a qual compreende essencialmente: agentes regulados, agentes políticos e os usuários dos serviços prestados.

Embora tanto a delegação mediante concessão quanto a autorização de serviço público materializem uma anuência do Poder Público, as duas hipóteses distinguem-se pelos limites a que o Estado se submete para manifestar seu consentimento ao desempenho de tais atividades pelos agentes econômicos (TORRES, 2015, p. 72).

Na concessão o Estado figura como senhor absoluto da atividade, que será explorada na forma e pelos meios que ele determinar. Isso significa que o Estado possui um amplo poder de decisão sobre esse consentimento, que começa com a própria deliberação acerca da possibilidade de um particular exercer ou não a atividade (MARQUES NETO, 2015, p. 177-178).

Já na autorização, os particulares deteriam um direito próprio ao exercício de tais atividades, cabendo ao Estado somente autorizar o exercício para fins de controle e organização.

De fato, o papel do Estado como ente autorizador é apenas o de certificar-se de que os particulares, no exercício da livre iniciativa, exploram determinada atividade de relevante interesse público observando os requisitos predeterminados por normas que visam a resguardar aquele. Assim, cumpridos os requisitos necessários para explorar uma atividade de relevante interesse público, o particular tem direito subjetivo à autorização pleiteada (ARAGÃO, 2013, p. 204).

Os autorizatários, mesmo tendo de observar um regramento estatal mais restritivo do que o ordinariamente aplicável às atividades econômicas dissociadas do interesse público, não se encontram impedidos de exercer sua liberdade de escolha, ainda que por vezes o espectro de escolha seja mais restrito (FREITAS; MOREIRA NETO, 2015, p. 65).

Demais disso, as ideias até aqui lançadas direcionam ao argumento de que, em verdade, a afetação de uma determinada atividade ao âmbito da

exclusividade do Estado não deve cingir-se ao mero alvedrio estatal, ao revés, deve ser objeto de exaustiva fundamentação pelo Poder Público. O ideal é que haja uma tomada de decisão informada, tendo em pauta uma análise de impacto regulatório e eventual necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro, diante das legítimas expectativas advindas dos contratos administrativos firmados sob à égide do regime público (MARQUES NETO, 2015, p. 113).

A introdução de um ambiente de assimetria regulatória enseja algumas preocupações de ordem geral como: 1) a introdução do modelo de assimetria regulatória desconsiderando o equilíbrio entre os exploradores das atividades; 2) atenção para a eventual necessidade de um período de transição para a adaptação do novel modelo dicotômico, bem como em caso de migração de tipo de serviço; 3) possíveis conflitos regulatórios entre as normas já existentes no sistema e as novas regulamentações, mormente no que tange ao impacto da Agência Reguladora, se houver.

Outro ponto interessante é a instituição da autorregulação ferroviária prevista nos artigos 40 a 44 da proposta em seu estágio atual, haja vista a imensa repercussão na atuação do agente regulador. Nesse aspecto é importante que as regras sejam postas com bastante clareza a fim não ocasionar dúvidas e conflitos atinentes à competência, pois ainda que a pessoa jurídica que corporifique o autorregulador tenha bastante amplitude de atuação, remanesce a supervisão pelo regulador ferroviário. Há que pensar detidamente na forma de relacionamento a ser travada com a Agência Nacional de Transportes Terrestres e demais entidades de controle, em função da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 e da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, especialmente no que tange aos seguintes dispositivos:

Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019

Art. 25. Com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos mercados regulados, as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência devem atuar em estreita cooperação, privilegiando a troca de experiências.

Art. 26. No exercício de suas atribuições, incumbe às agências reguladoras monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, nos termos da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência).

§ 1º Os órgãos de defesa da concorrência são responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência nos setores regulados, incumbindo-lhes a análise de atos de concentração, bem como a instauração e a instrução de processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica.

§ 2º Os órgãos de defesa da concorrência poderão solicitar às agências reguladoras pareceres técnicos relacionados a seus setores de atuação, os quais serão utilizados como subsídio à análise de atos de concentração e à instrução de processos administrativos.

Art. 27. Quando a agência reguladora, no exercício de suas atribuições, tomar conhecimento de fato que possa configurar infração à ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente aos órgãos de defesa da concorrência para que esses adotem as providências cabíveis.

(...)

Art. 33. As agências reguladoras poderão articular-se com os órgãos de defesa do meio ambiente mediante a celebração de convênios e acordos de cooperação, visando ao intercâmbio de informações, à padronização de exigências e procedimentos, à celeridade na emissão de licenças ambientais e à maior eficiência nos processos de fiscalização.

Art. 34. As agências reguladoras de que trata esta Lei poderão promover a articulação de suas atividades com as de agências reguladoras ou órgãos de regulação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de competência, implementando, a seu critério e mediante acordo de cooperação, a descentralização de suas atividades fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais, exceto quanto a atividades do Sistema Único de Saúde (SUS), que observarão o disposto em legislação própria.

§ 1º É vedada a delegação de competências normativas.

§ 2º A descentralização de que trata o caput será instituída desde que a agência reguladora ou o órgão de regulação da unidade federativa interessada possua serviços técnicos e administrativos competentes devidamente organizados e aparelhados para a execução das respectivas atividades, conforme condições estabelecidas em regimento interno da agência reguladora federal.

Os dispositivos de lei acima mencionados exigem atenção na forma de sua concretização, seja pela necessidade de afirmar adequadamente a seara de competência da entidade de autorregulação e dos órgãos e entidades encarregados do planejamento e fiscalização setorial no âmbito federal. Essa mesma preocupação deve nortear a divisão de competências entre União, Estados e Municípios, em vista da competência de todos os Entes Federativos para conceder autorização. Quanto a esse aspecto, calha registrar o que dispõe o Sistema Nacional de Viação – SNV acerca do Sistema Federal de Viação e do Subsistema Ferroviário Federal:

Lei nº 12.379, de 6 de janeiro de 2011

Art. 4º São objetivos do Sistema Federal de Viação - SFV:

- I - assegurar a unidade nacional e a integração regional;
- II - garantir a malha viária estratégica necessária à segurança do território nacional;
- III - promover a integração física com os sistemas viários dos países limítrofes;
- IV - atender aos grandes fluxos de mercadorias em regime de eficiência, por meio de corredores estratégicos de exportação e abastecimento;
- V - prover meios e facilidades para o transporte de passageiros e cargas, em âmbito interestadual e internacional.

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 nacional.

Parágrafo único. Integram o Subsistema Ferroviário Federal os pátios e terminais, as oficinas de manutenção e demais instalações de propriedade da União.

No ponto destacamos ainda a pretensão do projeto de lei de alterar a redação do inciso IV do art. 20 para o seguinte: “promover ligações necessárias à segurança e à economia nacionais”, modificação que demanda ainda mais atenção dos Estados e Municípios no sentido de compatibilizar sua atuação no campo ferroviário com as diretrizes estabelecidas para o âmbito nacional.

Não se pode olvidar das competências estabelecidas para o Ministério da Infraestrutura, que se correlacionam com a própria dinâmica do Sistema Nacional de Viação e, por óbvio, especialmente com o Sistema Federal de Viação:

Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019

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

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

VII - a transferência para os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios da implantação, da administração, da operação, da manutenção e da exploração da infraestrutura integrante do Sistema Federal de Viação,

excluídos os órgãos, os serviços, as instalações e as demais estruturas necessárias à operação regular e segura da navegação aérea;

(...)

Por fim, não se pode perder de vista a imperiosa conciliação da nova regulamentação no âmbito ferroviário, focada na atividade econômica com viés privado, com a lei que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica:

Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019

Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

§ 1º O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.

§ 2º Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.

(...)

§ 6º Para fins do disposto nesta Lei, consideram-se atos públicos de liberação a licença, a autorização, a concessão, a inscrição, a permissão, o alvará, o cadastro, o credenciamento, o estudo, o plano, o registro e os demais atos exigidos, sob qualquer denominação, por órgão ou entidade da administração pública na aplicação de legislação, como condição para o exercício de atividade econômica, inclusive o início, a continuação e o fim para a instalação, a construção, a operação, a produção, o funcionamento, o uso, o exercício ou a realização, no âmbito público ou privado, de atividade, serviço, estabelecimento, profissão, instalação, operação, produto, equipamento, veículo, edificação e outros.

Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:

I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

II - a boa-fé do particular perante o poder público;

III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e

IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre os critérios de aferição para afastamento do inciso IV do caput deste artigo, limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência.

A realização de um estudo detalhado, no qual se demonstre o quadro geral e as tendências de efeitos colaterais das medidas a serem implementadas, sejam elas positivas ou negativas é salutar e prestigia um compromissório positivo para com a coletividade de usuários, que, em última instância, é a verdadeira destinatária do serviço prestado.

4. CONCLUSÃO

Com base no exposto nas linhas antecedentes, pode-se concluir que a pretensão do Projeto de Lei do Senado 261, de 2018, que almeja introduzir o modelo de autorização para outorga de serviços de transporte ferroviário, não encontra óbice em nenhum preceito constitucional.

A Constituição, em seu art. 21, XII, atribuiu ao legislador a faculdade para optar pelo regime jurídico que mais se amolde às condições econômicas e sociais no momento da implementação do serviço, seja mediante concessão, permissão ou autorização. Demais disso, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, pelo menos em duas hipóteses: ADI 1668 e ADI 4923, reconheceu a possibilidade por um modelo de assimetria regulatória, em que convivem harmonicamente hipóteses de concessão ou permissão, mediante licitação, e hipóteses de autorização, submetidas a um regime privado.

Por fim, é de se reconhecer que um ambiente de assimetria regulatória, como se pretende implementar no transporte ferroviário, há inegável fomento à concorrência e à melhoria do nível do serviço prestado, mas deve haver condizente preocupação com eventuais conflitos normativos

e de competência que possam eventualmente impedir que o instituto da autorização ferroviária produza os efeitos benéficos dele esperados.

Nesse sentido, digno de especial atenção o papel de orientador das políticas nacionais de transporte ferroviário desempenhado pelo Ministério da Infraestrutura, que possui o dever de gerir o Sistema Nacional de Viação, o qual possui forte influência nos Sistemas de Viação dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Association of American Railroads (AAR). *Freight Railroads Under Balanced Economic Regulation*. Washington DC: AAR, 2021. p. 2. Disponível em <https://www.aar.org/wp-content/uploads/2020/08/AAR-Railroads-Under-Balanced-Economic-Regulation-Fact-Sheet.pdf>.

BINENBOJM. Gustavo. *Assimetria regulatória no setor de transporte coletivo de passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 12.996/2014*. Revista de Direito da Cidade, vol. 09, nº 3, 2017.

_____. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.p. 20.

BOSTON CONSULTING GROUP. *Regulação Ferroviária no Brasil*. [S.l.]: BCG, 1920.p. 24-25.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. *Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995*. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1995]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília: Presidência da República, [1997]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. *Lei nº 12.379, de 6 de janeiro de 2011*. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Viação - SNV. Brasília: Presidência da República, [2011]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. *Lei nº 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. Brasília: Presidência da República, [2013]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. *Lei nº 12.996, de 18 de junho de 2014*. Altera as Leis nºs 12.715, de 17 de setembro de 2012, que institui o Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores - INOVAR-AUTO, 12.873, de 24 de outubro de 2013, e 10.233, de 5 de junho de 2001 ; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2014]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. *Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019*. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. *Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019*. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Ministério da Infraestrutura. Coordenação-Geral de Gestão Ferroviária. *Relatório nº 1/2019/CGGF/DTFER/SNTT*. Análise técnica sobre o Projeto de Lei do Senado Federal nº 261/2018. Brasília: Ministério da Infraestrutura, 3 de abr. 2019. SEI/Minfra. Processo: 50000.024039/2018-28. Acesso em: 06.07.2021.

BRASIL, *Projeto de Lei do Senado nº 261, de 2018*, 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; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 9.503, de 23 de setembro de 1997, 10.233, de 5 de junho de 2001, 12.379, de 6 de janeiro de 2011; e dá outras providências. Disponível em: <https://legis.senado>.

leg.br/sdlegetter/documento?dm=7736611&ts=1626273932136&disposition=inline. Acesso em: 28.06.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1668. Voto do Rel. Min. Edson Fachin*. Tribunal Pleno. Julgado em 26/02/2021. Publicado no DJe em 23/03/2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345981710&ext=.pdf>. Acesso em: 12.07.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4923. Rel. Min. Luiz Fux*. Tribunal Pleno. Julgado em 08/11/2017. Publicado no DJe em 04/04/2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14595775>. Acesso em: 12.07.2021.

CARVALHO, André Castro. Gargalos Logísticos no Brasil. In: Contani, Eduardo Augusto do Rosário; Savoia, José Roberto Ferreira (Orgs). *Infraestrutura no Brasil: regulação, financiamento e modelagem contratual*. São Paulo: Atlas, 2017.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Novo marco legal ferroviário: avanços e pontos de atenção ao PLS 261/2018. Brasília: CNI, 2021. p.7. Disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/60/df/60df6bba-1c27-4448-adfa-14449383c55f/id_237176_novo_marco_legal_ferrovuario_web_1.pdf. Acesso em: 05.07.2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*. 9ª ed. São Paulo: Atlas. 2012.p. 90-96.

FREITAS, Rafael Vêras de; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Nova Regulação Portuária*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.p. 65.

GARCIA, Flávio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras 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 12.815/2013 e seus Desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 221-261.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (Interpretação Crítica)*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 128-129.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições Regulatórias à Concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 49.

JUSTEN FILHO, Marçal. *As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público*. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 12. Disponível em: <http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf60.pdf>. Acesso em: 10.07.2021.

_____. Serviço Público no Direito Brasileiro. In: *Direito administrativo econômico*. CARDOSO, José Eduardo Martins. QUEIROZ, João Eduardo Lopes. SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos Santos (Org). São Paulo: Atlas, 2011. p. 376-392.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes - Fundamentos e seu Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 29-44.

_____. *A Nova Regulação dos Serviços Públicos*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 228, Abr./Jun. 2002. p. 23.

_____. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.p. 177-178.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.701-710.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Autorizações e contratos de serviços públicos*. Revista de Direito Público da Economia –RDPE. Versão Eletrônica. Belo Horizonte: Fórum, ano 8, nº 31, jul/set., 2010.p. 8.

_____. *Portos Brasileiros e Seus Regimes Jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *A regulação do setor elétrico brasileiro*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, jan./mar. 2016.p. 258.

TORRES, Maíra Ayres. *A Transição para a assimetria regulatória e os mecanismos de sustentabilidade deste modelo: uma análise dos aeroportos concedidos e dos aeroportos autorizados*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2015.

