

Controle aplicável a resultados na autorização de serviços de transporte ferroviário

Control applicable to results in the authorization of rail transportation services

Recebido em 27.02.2025 | Aprovado em 30.05.2025

DOI: 10.63601/bcesmpu.2024.n63.e-63tc03

Filipe José Medeiros Brasil

<http://lattes.cnpq.br/9755694517704672>

<https://orcid.org/0009-0001-1163-109X>

Técnico Administrativo do Ministério Público da União. Graduado em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Ceará (2011). Especialista em Controle da Administração Pública pela Escola Superior do Ministério Público da União (2024).

Resumo: A introdução, pela Lei n. 14.273/2021, da exploração do transporte ferroviário em regime de direito privado, mediante outorga por autorização, inaugurou a prestação dos serviços ferroviários com liberdade de preços e oferta, criando um ambiente de livre competição no setor, em convivência com a exploração dos serviços mediante concessão em regime de direito público, com vistas à expansão da oferta e ampliação da concorrência no mercado de transporte ferroviário, contribuindo com a redução dos custos logísticos. Diante da relevância do setor para o desenvolvimento econômico nacional e considerando o destaque conferido à concretização dos objetivos definidos para as ações governamentais no modelo de gestão pública adotado, pretende-se identificar a existência de instrumentos estabelecidos pelo arcabouço jurídico aplicável que conduzam ao alcance dos objetivos definidos para a prestação dos serviços autorizados, bem como a viabilidade de sua aplicação pelos órgãos responsáveis. A análise empreendida aponta a presença de fatores limitadores capazes de comprometer a viabilização da adequada e suficiente aplicação dos instrumentos

de controle instituídos para apoiar o alcance dos resultados pretendidos que materializam a realização do interesse público.

Palavras-chave: ferrovia; autorização; outorga de serviços; controle de resultados; Lei n. 14.273/2021.

Abstract: *The introduction by Law No. 14,273/2021 of the operation of railway transport under a private law regime, through granting by authorization, inaugurated the provision of railway services with freedom of prices and supply, creating an environment of free competition in the sector, in coexistence with the exploitation of services through concession under public law, with a view to expanding supply and increasing competition in the railway transport market, contributing to the reduction of logistics costs. Given the relevance of the sector for national economic development, and considering the emphasis given to the achievement of the objectives defined for government actions in the adopted public management model, the aim is to identify the existence of instruments established by the applicable legal framework that lead to the achievement of objectives defined for the provision of authorized services, as well as the feasibility of their application by the responsible bodies. The analysis undertaken indicates the presence of limiting factors capable of compromising the feasibility of the adequate and sufficient application of the control instruments established to support the achievement of the intended results that materialize the achievement of the public interest.*

Keywords: railroad; authorization; granting of services; results control; Law No. 14,273/2021.

1 Introdução

O presente artigo se propõe a verificar a existência de instrumentos normativos à disposição da Administração Pública que permitam aos órgãos responsáveis adotarem as medidas necessárias ao alcance dos objetivos definidos para os serviços de transporte ferroviário prestados mediante regime de autorização, viabilizando o controle dos resultados pretendidos para o setor.

A instituição, pela Lei n. 14.273, de 23 de dezembro de 2021^[1], do regime de outorga por autorização para a prestação de serviços de transporte ferroviário flexibilizou as condições para a exploração de ferrovias pela iniciativa privada, conferindo maior liberdade na prestação dos serviços em comparação com o regime de concessão incidente sobre outros agentes privados que também operam no setor.

Diante da relevância do modal ferroviário para o desenvolvimento socio-econômico do País, em vista dos efeitos na redução de custos de transportes de grandes volumes de carga que necessitam percorrer grandes distâncias (CNT, 2022), beneficiando a geração de emprego e renda, identifica-se a necessidade da adoção de instrumentos capazes de viabilizar o alcance dos objetivos definidos para a prestação dos serviços ferroviários sob regime de autorização. Esses instrumentos oferecerão subsídios ao Poder Público quanto à avaliação das medidas disponíveis para conferir efetividade à prestação de serviços de relevância pública pela iniciativa privada, refletindo os resultados esperados dos serviços prestados.

Além de contribuir para a identificação de necessidades de melhorias na prestação dos serviços de transporte ferroviário outorgados mediante autorização, os instrumentos de controle que permitem o alcance dos objetivos traçados para os serviços prestados pela iniciativa privada podem subsidiar a atuação dos órgãos e instâncias de controle interno e externo a fim de verificar a efetividade das iniciativas adotadas pelos órgãos responsáveis, visando o desempenho satisfatório dos serviços de transporte ferroviário, para que seja possível atender as finalidades pretendidas e as expectativas dos usuários desses serviços.

Diante do contexto apresentado, será analisada a existência de instrumentos de controle capazes de viabilizar o atingimento dos objetivos definidos para a prestação de serviços de transporte ferroviário explorados mediante regime de autorização, considerando-se a hipótese de que não são estabelecidos pelo arcabouço jurídico aplicável parâmetros e instrumentos suficientes que permitam ao Poder Público alcançar os objetivos estabelecidos para esses serviços.

A fim de obter as conclusões pretendidas no presente artigo, será levantada e analisada a capacidade regulatória estatal para o controle de resultados da prestação serviços de transporte ferroviário outorgados mediante regime de autorização, a partir da identificação de instrumentos e mecanismos voltados à consecução dos objetivos estabelecidos pelo arcabouço jurídico, e da verificação da viabilidade da implementação pelos órgãos responsáveis dos instrumentos e mecanismos identificados, seguindo metodologia explicitada.

Na seção 2, será abordado o arcabouço jurídico e regulatório que disciplina o setor ferroviário e as características que justificam a

intervenção estatal na prestação dos serviços de transporte ferroviário, destacando a introdução do regime jurídico de outorga mediante autorização, concorrentemente ao modelo de outorga por concessão, este regido principalmente pela Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

A seção 3 tratará dos aspectos e diretrizes que orientam a Administração Pública voltados ao alcance de resultados e de suas implicações no contexto da outorga de serviços à iniciativa privada, destacando-se, ainda, o exercício das funções de controle sobre os serviços de competência atribuída ao Poder Público, com foco no resultado alcançado.

Na seção 4, serão identificados instrumentos de controle fornecidos pelo arcabouço jurídico aplicáveis ao controle de resultados, voltados à consecução dos objetivos definidos para os serviços de transporte ferroviário outorgados mediante autorização, a partir da análise dos instrumentos legais e regulamentares que disciplinam a prestação dos citados serviços, além de documentos e diretrizes que orientam o planejamento governamental voltado ao setor ferroviário.

A seção 5 será dedicada à análise sobre a existência e a viabilidade de aplicação do controle de resultados dos serviços ferroviários autorizados, com base na identificação de instrumentos de controle abordada na seção anterior. A análise será empreendida pela verificação da presença dos elementos necessários à aplicação adequada dos instrumentos de controle que conduzam à consecução dos objetivos instituídos para os serviços outorgados pelo Poder Público, com base em metodologia definida a partir de referencial teórico e de outros setores com características semelhantes.

Em vista da relevância atual conferida pelas instâncias de controle ao alcance efetivo dos resultados pretendidos pela Administração Pública na consecução de suas finalidades, e considerando a inovação jurídica da aplicação do regime de outorga por autorização à exploração de serviço essencial ao desenvolvimento socioeconômico do País, como o transporte ferroviário, o presente artigo visa contribuir para o aprimoramento do controle de atividades de relevante interesse público exercido por agentes privados, fundado no princípio constitucional da livre iniciativa e com a observância do interesse público associado à prestação de serviços de relevância pública.

2 O setor de transporte ferroviário no Brasil

2.1 Contexto histórico e econômico

Com a desestatização da Rede Ferroviária Nacional (RFFSA) na década de 1990, a exploração dos serviços de transporte ferroviário de titularidade da União foi concedida à iniciativa privada (Daychoum; Sampaio, 2017), segundo as condições e exigências estabelecidas pela Lei Geral de Concessões, Lei n. 8.987/1995.

Por meio de processo licitatório promovido para a concessão dos serviços de exploração do transporte e infraestrutura ferroviária, conjuntamente ao arrendamento dos bens vinculados à prestação dos serviços, a União delegou a exploração de malhas férreas regionais que estavam sob a responsabilidade da RFFSA a prestadores privados (Daychoum; Sampaio, 2017), os quais se tornaram responsáveis pela gestão e manutenção das ferrovias federais.

A fim de regular e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de exploração da infraestrutura de transportes terrestres por terceiros, em vista da desestatização promovida, foi criada, pela Lei n. 10.233/2001, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), constituída como órgão regulador responsável pela fiscalização e regulamentação dos serviços de transporte ferroviário federais outorgados ao setor privado.

Nesse contexto, o transporte ferroviário representa atualmente alternativa para o escoamento da produção nacional destinada à exportação, como minério de ferro e grãos, correspondendo, em 2022, a 14,95% da matriz nacional de transporte de cargas (CNT, 2022), razão que torna o setor ferroviário elemento estratégico no desenvolvimento socioeconômico do País, em vista dos reflexos no custo do transporte de produtos com peso significativo na pauta nacional de exportações.

As vantagens em termos de menores custos, em comparação ao modal rodoviário, no transporte de cargas de elevado volume por longas distâncias, qualificam o transporte ferroviário como meio mais eficiente no escoamento da produção agrícola e mineral do País (CNT, 2022). Em vista disso, a ampliação do transporte desses produtos pelo modal ferroviário provoca efeitos no aumento da produtividade nacional, em benefício do desenvolvimento econômico brasileiro.

Diante do impacto na redução de custos da cadeia produtiva nacional, a ampliação da participação do modal ferroviário no transporte de cargas é considerada um dos principais objetivos no planejamento do Poder Público voltado ao desenvolvimento do setor de transportes, segundo proposta abordada no Plano Nacional de Logística 2035 (PNL), elaborado pelo Governo Federal (EPL, 2021).

Segundo projeção do PNL (EPL, 2021, p. 106), a expansão do modal ferroviário na matriz de transportes nacional para 35% representaria “a concretização de uma rede ferroviária estrategicamente planejada”, reforçando a relevância desse setor para o transporte de cargas no território nacional.

Entretanto, o alcance efetivo dos objetivos traçados de ampliação da infraestrutura ferroviária na política pública direcionada ao setor de transportes é afetado por diversos fatores conjunturais e estruturais que influenciam o desempenho econômico e operacional do setor (CNT, 2022). Entre esses fatores, destacam-se a concentração de rotas nas regiões centro-sul e litorânea do País e conflitos urbanos.

2.2 Marco jurídico e modelos de exploração de serviços ferroviários

A Constituição Federal de 1988 fixa, em seu art. 21, inciso 12, alínea *d*, a competência da União para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de transporte ferroviário que transponham os limites de estados ou territórios.

A exploração dos serviços de transporte ferroviário realizada por empresas privadas sob o regime de concessão, que possibilitou a delegação à iniciativa privada, já mencionada, promovida pela União na década de 1990, é disciplinada pela Lei n. 8.987/1995.

Segundo Marques Neto (2015, p. 116-117), o instituto da concessão representa a formação de “vínculo obrigacional caracterizador da delegação de direitos e, conseqüentemente, do cometimento de obrigações relacionadas com esses direitos”, configurando um “instrumento jurídico voltado a atribuir a um privado direitos ou deveres próprios da administração”.

Por submeter-se às regras estabelecidas pela norma que rege a prestação de serviços públicos delegados mediante concessão e permissão, que refletem o conceito aplicável à concessão de serviços públicos, aplica-se à

exploração do transporte ferroviário pelas concessionárias o regime de direito público aplicado às concessões do serviço público, que estabelece direitos e obrigações entre o Poder Público e o agente privado delegatário, exigindo a prestação de serviço que cumpra satisfatoriamente os requisitos de serviço adequado definidos pela Lei n. 8.987/1995.

Assim, os prestadores de serviços de transporte ferroviário sob o regime de concessão deverão observar as regras e os princípios aplicáveis à prestação de serviços públicos estabelecidas pela Lei n. 8.987/1995, como a garantia da continuidade, a regularidade e a atualidade dos serviços prestados, bem como o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, que assegura a justa remuneração pelos serviços prestados.

O Decreto n. 1.832, de 4 de março de 1996, é o instrumento normativo que regulamenta os serviços de transporte ferroviário concedidos pela União, disciplinando os principais aspectos que envolvem a prestação dos serviços pelos concessionários.

A citada norma dispõe sobre as prerrogativas do Poder Público para autorizar a construção e desativação de trechos, e sobre as obrigações dos concessionários de efetuar o compartilhamento da malha com outros operadores, segundo as condições estabelecidas entre as administrações ferroviárias afetadas. Destaca-se, ainda, o estabelecimento da obrigação de atendimento dos usuários sem discriminação e a prestação do serviço adequado, conforme definido pela Lei n. 8.987/1995, além do dever de prestação de informações à Administração Pública e aos usuários, e de manter os bens necessários à prestação do serviço.

O Decreto n. 1.832 também define que as tarifas cobradas pelas concessionárias para a prestação dos serviços de transporte ferroviário devem respeitar os limites máximos das tarifas de referência homologadas pelo Poder Concedente, prevendo o reajuste da expressão monetária do valor das tarifas a fim de restaurar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Esse regime tarifário aplicado ao transporte ferroviário, em que há um estabelecimento pelo Poder Concedente de preços máximos a serem cobrados pelos serviços, reúne características de um modelo regulatório de controle de preços por tarifa-teto (*price cap*) (Barrionuevo Filho; Lucinda, 2004), aplicável em mercados com a presença de monopólios naturais^[2].

Destaca-se que, no ano de 2013, o marco do setor ferroviário sofreu alteração, por meio do Decreto n. 8.129/2013, visando a implementação de novo modelo de exploração do setor, baseado na desverticalização das atividades de gestão e manutenção da infraestrutura ferroviária, e da operação do serviço de transporte (Gonzaga, 2018). A alteração normativa, conjuntamente com a criação da figura do operador ferroviário independente pela Lei n. 12.743/2012, flexibilizou as condições para a exploração dos serviços no setor ferroviário, ao retirar a exclusividade da operação dos serviços de transporte dos concessionários da gestão e manutenção da infraestrutura ferroviária, permitindo a exploração dos serviços de transporte mediante autorização do Poder Público aos operadores ferroviários independentes (Gonzaga, 2018).

Entretanto, o modelo de desverticalização da prestação dos serviços que compõem a cadeia produtiva do setor ferroviário instituído para o setor foi descontinuado ante a revogação do Decreto n. 8.129/2013 pelo Decreto n. 8.875/2016, permanecendo a possibilidade de as operações de transporte serem realizadas pelo operador ferroviário independente (Gonzaga, 2018).

Ademais, o marco jurídico que rege a prestação dos serviços de transporte ferroviário foi recentemente atualizado, com a aprovação da Lei n. 14.273, de 23 de dezembro de 2021, que dispõe sobre a organização do transporte ferroviário e os tipos de outorga para a exploração indireta de ferrovias, entre outras providências^[3]. O referido instrumento legislativo destaca a competência da União para regular e outorgar a exploração de ferrovias como atividade econômica, além de estabelecer princípios e diretrizes que orientam a prestação de serviços ferroviários.

Uma inovação de destaque trazida pela Lei n. 14.273/2021, em seu art. 6º, inciso III, alíneas *a* e *b*, refere-se à classificação da exploração de ferrovias, diferenciando em regimes de execução de direito público e de direito privado. Com base nessa classificação, o marco legal estabelece, nos arts. 7º e 8º, que a exploração de ferrovias será executada pelos entes federativos, no âmbito de suas competências, de forma direta ou indireta, nesse último caso por meio de autorização ou concessão, definindo, ainda, que a exploração indireta de ferrovias será exercida em regime de direito privado, mediante outorga de autorização, e em regime de direito público, mediante outorga de concessão.

Nesse contexto, a atualização do marco jurídico promoveu a instituição de distintos regimes de execução para a prestação de serviços de transporte ferroviário outorgados à iniciativa privada, admitindo a convivência de serviços prestados mediante outorga de concessão, em regime de direito público, com serviços prestados em regime de direito privado, mediante outorga por autorização, caracterizando a presença de uma assimetria de regimes (Schirato, 2022).

Ressalta-se que, na exploração de serviços em regime de direito privado, foi estabelecida pela Lei n. 14.273/2021 a aplicação dos princípios da livre concorrência e da liberdade de preços, diferentemente dos serviços explorados em regime de direito público, em que são definidas pelo Poder Concedente tarifas máximas a serem cobradas pelos prestadores.

Assim, observa-se que o marco jurídico instituído pela Lei n. 14.273/2021 determinou a coexistência no mercado de transporte ferroviário de agentes sujeitos ao regime de direito público aplicado aos serviços públicos e de agentes privados que prestam serviços de “utilidade pública”, ou de “interesse público”, de natureza privada, considerados por Aragão (2017, p. 156) “atividades privadas regulamentadas”, um meio-termo entre os serviços públicos e as atividades econômicas privadas sujeitas apenas ao poder de polícia geral.

Apesar das regras diferenciadas aplicáveis aos regimes de execução instituídos, foram estabelecidas, pelo marco jurídico em questão, regras comuns a prestadores de ambos os regimes, como a vedação à recusa injustificada de transporte de cargas, além da definição de diretrizes que disciplinam o compartilhamento de infraestrutura ferroviária.

Em vista da recente aprovação do novo marco jurídico aplicado ao setor ferroviário, a matéria ainda está em processo de regulamentação pelo Poder Executivo, destacando-se a edição do Decreto n. 11.245, de 21 de outubro de 2022, que regulamenta os procedimentos e requisitos para a formulação de requerimentos e para a realização de chamamento público para a prestação de serviços mediante autorização.

Quanto à instituição, pela Lei n. 14.273/2021, do regime de direito privado mediante outorga de autorização para a exploração indireta dos serviços de transporte ferroviário, ressalta-se que o modelo de outorga por autorização admite uma flexibilidade nas condições da prestação

de serviços, tendo em vista as diretrizes estabelecidas pelo marco legal de liberdade de preços, livre concorrência e livre iniciativa de empreender, conferindo aos serviços autorizados características presentes em um mercado de ambiente de livre concorrência, em contraposição aos serviços prestados mediante outorga de concessão, em que prevalecem elementos de um mercado monopolista.

As diretrizes aplicáveis à prestação de serviços outorgados em regime de direito privado corroboram a análise empreendida por Aragão (2017), que aponta o direito fundamental à livre iniciativa como principal elemento que diferencia os serviços privados de interesse público dos serviços públicos submetidos ao regime de direito público.

Cumprir observar que a diferenciação entre regimes de prestação de serviços outorgados à iniciativa privada também é estabelecida pelo arcabouço jurídico aplicável a outros setores econômicos, com destaque para a Lei n. 12.815/2013, de 5 de junho de 2013, que define a exploração indireta de instalações portuárias localizadas no porto mediante concessão e a exploração de instalações portuárias fora da área do porto mediante autorização.

Assim, destaca-se que os órgãos responsáveis pela regulação, fiscalização e outorga dos serviços de transporte ferroviário de competência atribuída à União atuarão com o objetivo de assegurar o cumprimento das regras, diretrizes e objetivos do marco legal aplicável, harmonizando a prestação dos serviços em regimes de execução distintos, a fim de promover a prestação de serviços relevantes ao desenvolvimento socioeconômico nacional que atendam satisfatoriamente as necessidades dos usuários dos serviços.

3 Controle por resultados da Administração Pública

3.1 Modelo de gestão pública com foco em resultados

A reforma gerencial da Administração Pública implementada na década de 1990 pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado, que se consolidou com as alterações constitucionais resultantes da Emenda Constitucional n. 19/1998, conhecida como reforma administrativa, introduziu como norteadores da atuação governamental o foco na eficiência e na qualidade das ações realizadas (Bresser-Pereira, 2000).

Nesse contexto, a adoção da estratégia de administração por resultados, aliada às diretrizes de delegação de autoridade, e o controle *a posteriori* dos resultados das atividades desenvolvidas (Bresser-Pereira, 2000) passaram a orientar a atuação do Poder Público voltada à consecução dos objetivos planejados, denotando a importância assumida pelo resultado das atividades realizadas pela Administração Pública no novo modelo de gestão estabelecido.

Noutro giro, a relevância do princípio constitucional da eficiência, elencado no art. 37 da Carta Maior, no cumprimento da obrigação estatal de atingir os resultados preconizados na Constituição Federal, a fim de assegurar a efetividade da norma constitucional (Moreira Neto, 2009), caracteriza fundamento de ordem constitucional que orienta a atuação da Administração Pública com foco no resultado das ações realizadas.

O atingimento dos resultados pela Administração Pública também é considerado um elemento estratégico para a adoção de boas práticas de governança^[4] no setor público, na medida em que a avaliação e o monitoramento dos resultados, a fim de garantir que as ações planejadas atinjam seus objetivos, se inserem entre as funções básicas de governança (Brasil, 2014) e favorecem o exercício de uma gestão democrática, transparente e efetiva dos recursos geridos pelo Poder Público.

Assim, o alcance dos resultados das ações governamentais executadas pela Administração Pública é considerado um parâmetro fundamental para a verificação do cumprimento das finalidades atribuídas às organizações públicas pelas normas constitucionais e legais, com vistas ao atendimento do interesse público de modo eficiente e efetivo.

3.2 Controle de resultados dos serviços de transporte ferroviário

O controle dos atos e atividades da Administração Pública constitui-se como um mecanismo essencial para assegurar a adequação da atuação dos gestores públicos direcionada ao atendimento dos interesses da coletividade (TCU, 2014).

Diante de sua relevância para a atuação estatal, o controle é elencado no art. 6º, inciso V, do Decreto-Lei n. 200/1967, como um dos princípios fundamentais a serem obedecidos pelas atividades da Administração Federal.

Segundo Medauar (2020, p. 31), o controle da Administração Pública “significa a verificação da conformidade da atuação da Administração Pública a certos parâmetros, independentemente de ser adotada, pelo controlador, medida que afete, do ponto de vista jurídico, a decisão ou o agente.”

Dentre os diversos aspectos da gestão pública passíveis de controle, destacam-se o controle de legalidade, que aborda a observância das normas que regem a atuação do Poder Público; de mérito, referente ao juízo de conveniência e oportunidade adotado pelo gestor; e de eficiência e gestão, para verificar o atendimento à boa administração (Medauar, 2020).

Ressalta-se, ainda, segundo Medauar (2020), a classificação da forma de controle quanto à posição do órgão controlador, que pode ser interno, caso o controlador integre a Administração Controlada, ou externo, quando o controle é efetuado por órgão externo à estrutura da Administração.

Instituições como os tribunais de contas e o Ministério Público destacam-se como instâncias de controle externo, em razão de suas atribuições constitucionais de fiscalização e proteção dos recursos públicos e dos interesses sociais, dispondo de meios próprios e independentes, com destaque para a promoção de inquérito civil, a expedição de recomendações e a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta pelo Ministério Público (Medauar, 2020).

No âmbito do controle externo realizado com o auxílio dos tribunais de contas, são utilizadas como instrumentos para o exercício das atividades de controle as auditorias de regularidade, que objetivam examinar a legalidade e legitimidade dos atos de gestão, e as auditorias operacionais, que visam avaliar o desempenho das organizações governamentais e de suas atividades, sob os critérios de eficiência, eficácia e efetividade, representando os tipos de controle de legalidade e de gestão exercidos pelas cortes de contas (TCU, 2010).

A partir das formas de controle sobre a atuação da Administração Pública ora abordadas, evidencia-se a incidência das atividades de controle sobre o desempenho e eficiência das ações executadas, com foco principal na realização das funções públicas de forma eficiente, eficaz e efetiva, caracterizando um controle voltado ao alcance dos resultados pretendidos pela ação pública.

Cumprir destacar, também, que a instituição de processo de monitoramento dos resultados alcançados configura elemento essencial para a realização de direitos fundamentais pelo Poder Público, por meio da promoção de políticas públicas (Barcelos, 2018). Nesse contexto, a aplicação de medidas necessárias à verificação do atingimento das metas estipuladas para as ações governamentais, ao acompanhamento da execução das atividades desempenhadas e à apuração dos resultados produzidos possibilita verificar a concretização dos objetivos pretendidos pelas ações adotadas, assim como identificar necessidades de aprimoramento da política implementada (Barcelos, 2018).

Diante do desafio apresentado pela gestão pública de recursos limitados para o atendimento de necessidades crescentes da sociedade, que exige a execução das ações pela Administração Pública de forma econômica e eficiente, que permita o atingimento dos resultados previstos (Guerra, 2019), denota-se fundamental o exercício do controle da gestão dos recursos públicos sob as dimensões da eficácia, eficiência e economicidade, favorecendo o cumprimento dos objetivos da gestão pública.

Nesse sentido, cumpre ressaltar a posição defendida por correntes teóricas de que o controle sobre as atividades desenvolvidas pela Administração Pública, sobretudo o exercido pelo Poder Judiciário e pelos tribunais de contas, deve prestar deferência às escolhas administrativas, mediante a observância de determinados parâmetros que visam verificar a fundamentação das ações executadas, sob pena de configurar intervenção excessiva e subjetiva na função típica da administração, em prejuízo da adoção de alternativa mais racional e adequada ao interesse público (Valle, 2020).

Na mesma linha, o prestígio conferido às instituições com maior capacidade de oferecer uma melhor resposta a determinado problema, em razão da sua expertise técnica e habilidade, defendido pela teoria das "capacidades institucionais" (Cavaco, 2021), aponta para parâmetros limitadores a serem observados no controle dos atos e ações emanados pela Administração Pública, com vistas a privilegiar a adoção da melhor alternativa possível ao alcance da finalidade pública, diante do contexto e das limitações enfrentadas.

Essa restrição na atuação do agente controlador decorrente da observância de parâmetros que considerem a racionalidade e a motivação

das ações administrativas tomadas pelos agentes com maior capacidade para sua execução, em deferência à Administração Pública, ganha destaque no controle da gestão, em vista do seu foco voltado aos resultados advindos das alternativas escolhidas, que implica o avanço do controle sobre a adequação do curso de ação adotado em frente às demais alternativas disponíveis, impondo maior limitação às ações de controle sobre os resultados alcançados pelas ações públicas.

Enquanto expressão das atividades do Poder Público de fiscalização, outorga e regulamentação da prestação de serviços outorgados à iniciativa privada, a atuação regulatória estatal também é objeto de controle pelas instâncias competentes, na medida em que os atos e procedimentos produzidos para disciplinar e permitir a exploração de serviços públicos e de relevância pública se inserem no campo das ações da Administração Pública para o atendimento do interesse coletivo geral, em cumprimento ao arcabouço jurídico que delinea a ação governamental.

Além disso, destaca-se que o controle sobre as atividades estatais que orientam a prestação de serviços por agentes privados também afeta a esfera jurídica dos particulares destinatários das outorgas concedidas, haja vista o impacto imediato das ações empreendidas pelo Poder Público na exploração econômica dos serviços por esses particulares.

Nesse cenário, apesar das divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da titularidade dos serviços de competência da União, delimitados ao longo do art. 21 da Constituição Federal (Aragão, 2017), as ações do Poder Público concernentes à outorga para a execução de serviços em regime de direito privado, ainda que não titularizados pelo Poder Público, estão inseridas no escopo das atividades públicas sujeitas a controle, haja vista representarem o exercício do poder normativo e de fiscalização atribuído à Administração Pública.

Quanto à outorga para a prestação de serviços de transporte ferroviário em regime de autorização, a exigência pela Lei n. 14.273/2021 da celebração de contrato para a formalização do procedimento, definindo diversos requisitos e obrigações aos celebrantes, reforça a necessidade de controle das atividades relacionadas à autorização dos serviços, para assegurar o cumprimento do instrumento celebrado que rege a

autorização. Essa natureza contratual, segundo Aragão (2017), caracterizaria a autorização de serviços de transporte ferroviário como uma modalidade de delegação de serviços públicos em sentido material, denominada "autorização contratual".

Diante do impacto direto da prestação de serviços de interesse público por particulares no atendimento das necessidades da coletividade, que concretiza a finalidade da Administração Pública, o controle dos resultados obtidos pelos serviços outorgados à iniciativa privada é um importante instrumento que contribui para a avaliação e monitoramento dos resultados advindos da prestação desses serviços, a fim de verificar sua adequação às finalidades e efeitos planejados pelo Poder Público, em observância aos preceitos constitucionais e legais que regem e limitam a atuação do Poder Público.

No campo da prestação de serviços de transporte ferroviário outorgados mediante autorização, sob o regime de direito privado, o controle de resultados permite verificar em que grau os objetivos traçados pelo Poder Público que norteiam as autorizações aos prestadores privados são alcançados, bem como a possível adoção de medidas de ajuste que conduzam à consecução dos objetivos definidos para o setor ferroviário, respeitados os princípios aplicáveis ao regime de direito privado da livre concorrência e da liberdade de preços.

Nesse sentido, a aplicação de instrumentos de controle de resultados voltados à prestação de serviços de transporte ferroviário mediante outorga por autorização contribuirá para o aperfeiçoamento do setor, provocando reflexos diretos no atendimento das necessidades de escoamento da produção do setor produtivo nacional, em benefício do aumento da produtividade do País e da geração de emprego e renda, com efeitos no desenvolvimento socioeconômico brasileiro, conforme apontado no Plano Nacional de Logística (PNL) (EPL, 2021).

Entretanto, para o controle efetivo das atividades desempenhadas pelos agentes responsáveis, observa-se a necessidade da instituição e viabilização de mecanismos adequados e suficientes, cuja utilização permita concretizar os resultados pretendidos pelo Poder Público. Esses parâmetros serão objeto de análise nos tópicos seguintes.

4 Instrumentos de controle aplicáveis aos serviços de transporte ferroviário prestados em regime de autorização

O exercício do controle da ação do Poder Público exige a comparação dos atos e atividades produzidos com critérios estabelecidos, que permitam verificar a adequação da atuação governamental aos preceitos que direcionam o atendimento do interesse público, conforme apontado por Medauar (2020) na definição de controle sobre a Administração Pública, podendo servir para avaliação tanto da legalidade quanto dos resultados das ações realizadas.

No mesmo sentido, no campo das políticas públicas desenvolvidas para a realização dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, Barcelos (2005) sustenta que a viabilização do controle jurídico das políticas públicas no Brasil é determinada pela identificação dos parâmetros de controle, garantia de acesso à informação e elaboração de instrumento de controle.

Nesse contexto, além da identificação de parâmetros que sirvam como referência para o controle das atividades realizadas pelo Poder Público, que indiquem a atuação esperada da Administração Pública na consecução de suas atividades, denota-se relevante a presença de instrumentos e mecanismos que permitam aos agentes responsáveis, no âmbito de suas competências, a aplicação das medidas necessárias para conduzir as ações sob controle, em observância aos parâmetros de referência, ou a adoção de iniciativas para o ajustamento das atividades, visando o seu cumprimento segundo as condições exigíveis.

Assim, os instrumentos de controle de resultados aplicáveis à prestação dos serviços de transporte ferroviário mediante outorga de autorização devem ser capazes de conduzir a atuação da Administração Pública ao alcance dos objetivos instituídos para os serviços supracitados, bem como de permitir a aplicação de medidas para assegurar que esses objetivos sejam alcançados.

Em relação ao controle por resultados, os objetivos traçados para atuação do Poder Público configuram um relevante parâmetro de controle a ser adotado, ao possibilitarem a avaliação quanto ao atendimento dos resultados pretendidos pela Administração Pública na consecução de

suas atividades, por meio da comparação entre o cenário planejado e o resultante da ação pública, mediante utilização de mecanismos de monitoramento das ações realizadas e dos resultados produzidos.

Diante da vinculação da atuação pública ao princípio constitucional da legalidade, e considerando a forma de exteriorização da manifestação do poder estatal, os marcos normativos que disciplinam as ações objeto de controle, complementados por outros documentos produzidos pelo Poder Público que subsidiam e fundamentam a implementação das normas, como planos e estudos, são importantes fontes para a identificação dos meios utilizados como instrumentos de controle da Administração Pública, uma vez que apresentam as prescrições que disciplinam os procedimentos e comportamentos a serem adotados no exercício das atividades desenvolvidas pelo Poder Público, com vistas ao atendimento das finalidades definidas.

Nesse sentido, a identificação de instrumentos de controle aplicáveis à prestação dos serviços de transporte ferroviário outorgados mediante autorização terá como base o arcabouço jurídico que rege o setor, representado pela Lei n. 14.273/2021 e demais atos infralegais regulamentadores do marco legal, editados pelos órgãos com competências relacionadas ao processo de outorga dos serviços aos particulares, assim como outros instrumentos legais com disposições pertinentes à exploração dos serviços outorgados mediante autorização.

Como o enfoque da análise será direcionado ao controle por resultados, a delimitação dos instrumentos de controle aplicáveis à prestação de serviços de transporte ferroviário mediante autorização observará a compatibilidade de sua aplicação para a concretização dos objetivos definidos para o setor ferroviário, os quais também serão extraídos do marco normativo do setor, dentre outros planos e documentos auxiliares que materializam as diretrizes do Governo Federal para a prestação de serviços ferroviários.

Com vistas a identificar os objetivos definidos para a prestação de serviços ferroviários outorgados mediante autorização, destacam-se alguns princípios e diretrizes que regem a exploração de ferrovias em território nacional, dispostos nos arts. 4º e 5º da Lei n. 14.273/2021, conforme disposto a seguir:

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:

[...]

III - redução dos custos logísticos;

IV - aumento da oferta de mobilidade e de logística;

V - integração da infraestrutura ferroviária;

[...]

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;

[...]

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;

[...]

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; [...].

Cumpra-se destacar que alguns dos princípios e diretrizes expostos no marco legal do setor ferroviário alinham-se aos objetivos definidos no PNL de redução dos custos de transporte, de ampliação da oferta de transporte ferroviário e de melhoria da integração entre as malhas ferroviárias e entre os modais de transporte (EPL, 2021).

Destaca-se, ainda, a previsão contida no art. 38 do Decreto n. 11.245/2022, que regulamenta a Lei n. 14.273/2021, da instituição do Programa de Desenvolvimento Ferroviário, com o objetivo de articulação com o setor produtivo, visando a oferta de segmentos ferroviários e a realização de

investimentos privados no setor ferroviário, configurando instrumento que reforça o objetivo governamental de promoção da ampliação da oferta e da concorrência de serviços ferroviários.

Ademais, a garantia da liberdade no exercício das atividades econômicas constante do art. 2º, inciso I, da Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, que institui a declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelecendo normas para o exercício de atividades econômicas por particulares, nas quais está inserida a prestação de serviços ferroviários em regime de direito privado, reforça o fundamento constitucional da livre iniciativa, que deve ser promovido nas atividades exploradas pela iniciativa privada.

Em vista dos objetivos dispostos no arcabouço jurídico aplicável à prestação de serviços de transporte ferroviário outorgados mediante autorização, identifica-se que os princípios e diretrizes instituídos convergem para os objetivos centrais de redução dos custos logísticos, ampliação da oferta de mobilidade e logística e promoção de ambiente competitivo no setor, os quais se inter-relacionam diretamente, destacando-se os efeitos da ampliação da oferta e da concorrência no setor ferroviário sobre a redução dos custos logísticos, tendo em vista os fundamentos econômicos do comportamento dos agentes de um mercado^[5].

Ademais, a análise efetuada sobre o marco jurídico que disciplina a prestação dos serviços de transporte ferroviário outorgados mediante autorização permitiu extrair instrumentos de controle de resultados aplicáveis à consecução dos objetivos centrais apontados pelo marco legal analisado.

Para subsidiar a promoção do alcance do objetivo de ampliação da oferta de serviços de transporte ferroviário explorados em regime de direito privado, observa-se que foram estabelecidos pela Lei n. 14.273/2021 diversos dispositivos considerados instrumentos de controle dos resultados pretendidos pelo Poder Público, ao criarem condições e limites que conduzem à ampliação da oferta de serviços de transporte ferroviário outorgados mediante autorização.

Podem ser destacados como os dispositivos mais relevantes: I) previsão da possibilidade de outorga de outras ferrovias, ainda que compartilhem os mesmos pares de origem e destino ou a mesma região geográfica (art. 8º, § 4º); II) possibilidade de outorga por autorização, mesmo que haja necessidade de inclusão de acesso ferroviário na faixa de domínio de outra

ferrovia, ferrovias ou outras infraestruturas essenciais, ou para transpor barreiras físicas (art. 23); III) exigência de apresentação e análise de informações sobre as características da ferrovia, configuração logística e cronogramas de implantação para a outorga da autorização (art. 25, § 1º e 3º); e IV) dever de alienar ou ceder a outra operadora ferroviária ramais ferroviários autorizados que tenham sido desativados (art. 36, § 3º).

Os instrumentos elencados privilegiam a autorização mesmo na situação de trechos que interliguem os mesmos locais ou que necessitem de acesso a outras ferrovias, além de prover mecanismos que assegurem a efetivação dos compromissos de implantação e efetiva exploração dos trechos.

Além disso, denota-se como relevante instrumento de controle dos resultados da prestação dos serviços ferroviários autorizados a exigência de elementos essenciais às cláusulas do contrato de autorização de ferrovias estabelecidas no art. 29 da Lei n. 14.273/2021. Esse dispositivo permite que algumas condições assumidas pelos autorizatários para a prestação dos serviços, como a disponibilização de capacidade de transporte, condições técnico-operacionais para compartilhamento da malha e cronograma de implantação de investimentos e responsabilização pela inexecução contratual, possam ser objeto de fiscalização e acompanhamento pelos órgãos competentes, assegurando a execução dos serviços pelos autorizatários nos termos propostos no requerimento de autorização, que contribuem para o alcance do objetivo de ampliação da oferta dos serviços.

Conjuntamente com o contrato de autorização, outro instrumento relevante para o controle dos resultados dos serviços em questão refere-se à instituição de hipóteses de extinção da outorga em caso de perda das condições indispensáveis à continuidade da autorização em razão de negligência, imperícia ou abandono, de práticas irregulares ou descumprimento contratual reiterado, permitindo a adoção de medidas corretivas pelo Poder Público caso os serviços não estejam apresentando o desempenho desejado.

Em relação ao objetivo de promoção da concorrência, destacam-se os dispositivos da Lei n. 14.273/2021 que: I) reforçam a competência dos órgãos de defesa da concorrência e da autoridade reguladora para repressão a práticas anticompetitivas e ao abuso do poder econômico na exploração de ferrovias outorgadas mediante autorização (art. 8º,

§ 3º); II) estabelecem a promoção de processo seletivo público, caso haja mais de uma proposta apresentada em processo de chamamento público para a exploração de trecho ferroviário em regime de autorização (art. 28, § 2º); e III) determinam a vedação à recusa injustificada de transporte de cargas pelas ferrovias outorgadas (art. 38).

Os dispositivos citados visam coibir eventuais abusos do poder de mercado^[6], além de conferir isonomia nas oportunidades oferecidas pelo Poder Público de exploração de ferrovias em regime de autorização.

Em que pese a identificação, no marco legal do setor ferroviário, de diversos dispositivos que configuram instrumentos de controle voltados à consecução dos resultados dos serviços ferroviários autorizados, verificou-se a presença de dispositivo e de lacunas, no instrumento legal, capazes de enfraquecer os instrumentos de controle.

Nesse sentido, o art. 67 da Lei n. 14.273/2021 assegura a preferência, nos primeiros cinco anos de vigência da lei, de obtenção da autorização de ferrovia que esteja localizada na área de influência de concessão ferroviária já existente, por requerimento de interessados ou chamamento público, ao concessionário de ferrovia cuja área de influência abranja o trecho objeto de autorização.

Essa previsão, aliada à ausência de vedação à recusa injustificada de compartilhamento da infraestrutura ferroviária com outros operadores ferroviários, tal como estabelecido para o transporte de cargas, prejudica a consecução dos objetivos estipulados de promoção da concorrência no setor ferroviário, na medida em que confere tratamento discriminatório em favor de empresas que já atuam no setor, além de permitir o exercício abusivo do poder de mercado de agentes que detenham operação de ferrovias cujo acesso seja essencial à viabilização da exploração de ferrovias autorizadas.

No âmbito do Decreto n. 11.245/2022, que regulamenta alguns dispositivos da Lei n. 14.273/2021, foram identificadas disposições normativas que especificam o cumprimento de alguns dos mecanismos de controle destacados no marco legal objeto de regulamentação, além de regras que flexibilizam a operação dos serviços autorizados, conferindo maior liberdade aos agentes na exploração dos serviços. Entre as disposições referentes ao alcance do objetivo de ampliação da oferta de serviços

ferroviários, cabe apontar: I) a previsão de cassação de autorizações ferroviárias que não obtenham em determinado prazo as licenças ambientais necessárias à prestação dos serviços (art. 12, incisos I, II e III); II) a hipótese de dispensa de nova autorização em caso de solicitação de ampliação de trechos de ferrovia outorgada, quando o total da extensão for igual ou inferior à da ferrovia originalmente autorizada, ou for menor ou igual a 300 quilômetros (art. 14, incisos I e II); III) a previsão de penalidades caso não haja destinação de bem desapropriado para prestação do serviço (art. 19); IV) a possibilidade de retificação do traçado (art. 20); e V) a limitação de justificativas para o indeferimento dos requerimentos de autorização (art. 26).

Além de detalharem as hipóteses que ensejam a extinção da outorga e a aplicação de penalidades, os citados dispositivos flexibilizam as condições para as solicitações de ampliação de trechos e de retificação de traçado, conferindo maior liberdade aos agentes em decisões sobre expansão ou ajustes das operações de ferrovias autorizadas.

Quanto às disposições que contribuem para o alcance do objetivo de promoção da concorrência constantes do Decreto n. 11.245/2022, destacam-se: I) a possibilidade de previsão, nos contratos de autorização, de obrigatoriedade de compartilhamento da malha (art. 10); II) a liberdade para ampliação da capacidade de transporte ou de armazenagem e a diversificação do uso de infraestrutura pelo autorizatário (art. 15); e III) a definição prévia de condições para o chamamento público (art. 30).

Essas disposições reafirmam a prioridade de integração do setor e a liberdade na definição das condições de prestação dos serviços pelos autorizatários em um ambiente competitivo que caracteriza a prestação de serviços privados regulamentados, assim como demonstram a transparência e a previsibilidade das regras que norteiam o processo de chamamento público.

No campo da atuação normativa do agente regulador, observa-se a edição, pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), da Resolução Normativa n. 5.987, de 1º de setembro de 2022, alterada pela Resolução Normativa n. 6.014, de 2 de abril de 2023, que disciplinou o processo administrativo de requerimento para exploração de ferrovias em regime de autorização, detalhando em nível operacional as etapas e os procedimentos necessários ao processamento do requerimento de autorização.

Em seu escopo de competência, o órgão regulador definiu alguns instrumentos de controle complementares que auxiliam no atingimento dos objetivos de ampliação da oferta e da competitividade nos serviços de transporte ferroviário outorgados mediante autorização, destacando-se: I) a exigência de utilização, na construção de ferrovias autorizadas, de tecnologia que permita interoperabilidade com ferrovias adjacentes, em favor da integração do sistema ferroviário que beneficie a ampliação da oferta e da concorrência no setor (art. 4º); e II) os critérios e procedimentos para tratamento de casos de apresentação de requerimentos de autorização ferroviária que se sobreponham à faixa de domínio de outra ferrovia já requerida, mas ainda pendente de outorga, no prazo de até 60 dias, privilegiando a implantação de ambos os empreendimentos (art. 8º) (ANTT, 2022).

Assim, diante dos dispositivos identificados que disciplinam a atuação dos órgãos responsáveis e as atividades prestadas pelos detentores de autorizações de ferrovias, verifica-se a instituição de instrumentos que delimitam regras e condições capazes de direcionar a prestação dos serviços de transporte ferroviário mediante outorga por autorização ao alcance dos objetivos de ampliação da oferta de serviços de transporte ferroviário e de promoção da competitividade no setor ferroviário, com reflexos diretos na redução dos custos logísticos.

5 Viabilidade de aplicação dos controles de resultados dos serviços de transporte ferroviário delegados em regime de autorização

Conforme abordado na seção anterior, o arcabouço jurídico que disciplina a prestação dos serviços de transporte ferroviário outorgados mediante autorização dispõe de instrumentos de controle, compreendidos como regras e condições a serem aplicadas e operacionalizadas pelos órgãos responsáveis, que conduzem ao alcance dos objetivos definidos para a prestação dos serviços outorgados, de ampliação da oferta e promoção da competitividade do transporte ferroviário, bem como da redução de custos logísticos, e cuja adequada e efetiva aplicação pode ser verificada por mecanismos de monitoramento das ações realizadas e dos resultados produzidos.

Ademais, destaca-se que as disposições previstas nas normas legais e regulamentares concernentes à prestação de serviços ferroviários sob autorização demarcam a regra de liberdade de preços e serviços aplicável aos serviços prestados em regime privado de outorga por autorização de exploração dos serviços ferroviários, criando um ambiente competitivo entre os agentes, mediante o estabelecimento de restrições mínimas à operação no mercado que caracterizam os serviços privados regulamentados, em observância às diretrizes legais que orientam o exercício da livre iniciativa.

Não obstante a existência dos instrumentos de controle à disposição do Poder Público que conduzem ao alcance dos objetivos traçados, denota-se relevante verificar a viabilidade de aplicação desses instrumentos pelos agentes responsáveis, para avaliar a efetividade dos controles disponibilizados pelo marco normativo que rege o setor ferroviário.

Assim, sem esgotar a influência dos diversos fatores que podem servir como parâmetro de referência, procedeu-se à análise da viabilidade de aplicação dos instrumentos de controle identificados baseada em metodologia caracterizada pela verificação da presença de normas regulatórias necessárias à sua aplicação e das condições institucionais dos órgãos responsáveis pela efetivação desses instrumentos de controle.

Esses critérios metodológicos foram adotados ao considerar que a adequada operacionalização dos instrumentos de controle de resultados definidos pelo arcabouço normativo será afetada pela existência de normas regulatórias que confirmam efetividade às disposições legais estabelecidas, bem como pelas condições institucionais dos órgãos responsáveis pela execução e regulamentação das medidas normativas apresentadas.

Nesse contexto, foi atribuído pelo marco normativo elevado destaque para a ANTT enquanto órgão responsável pela fiscalização e normatização técnica dos serviços autorizados, definindo sua competência para regulamentação, análise e aprovação dos requerimentos de autorização e da análise da compatibilidade locacional entre os projetos submetidos à autorização, além da fiscalização dos contratos celebrados, entre outras atividades.

Ante a importância conferida à ANTT pelo marco normativo aplicável aos serviços ferroviários em regime de autorização, depreende-se que o

grau de aplicação dos instrumentos de controle de resultados analisados no presente artigo será resultado da capacidade do órgão regulador para exercer as atividades que lhe foram atribuídas.

Quanto à normatização dos procedimentos necessários à exploração de ferrovias mediante autorização e à aplicação dos instrumentos de controle correspondentes, identificou-se a edição, pela Agência, da Resolução Normativa n. 5.987/2022, além do processo em andamento de regulamentação do procedimento de chamamento público para identificação e seleção de interessados na obtenção de autorização para a exploração de ferrovias, conforme destacado na Agenda Regulatória do órgão referente ao período entre 2023 e 2024^[7].

Diante da produção de normas regulatórias pela ANTT, concentradas apenas nos procedimentos de requerimento de autorização, verifica-se atualmente uma lacuna normativa de diversos aspectos necessários à adequada aplicação dos instrumentos de controle voltados à consecução dos objetivos definidos para os serviços ferroviários autorizados, como regras e condições para a fiscalização dos contratos de autorização, análise de compatibilidade locacional dos empreendimentos e procedimentos para a apuração e repressão de práticas anticompetitivas.

Entretanto, ao considerar a aprovação do marco legal do setor em 2021, com a deliberação de alguns vetos ao normativo pelo Congresso Nacional ocorrida somente no ano de 2023, além da complexidade técnica da matéria e a natureza inovadora do regime de direito privado aplicado ao setor ferroviário, bem como o cumprimento legal de diversas etapas de maior complexidade para a elaboração de normas pelas agências reguladoras, como a realização de Análise de Impacto Regulatório e Processo de Participação Social, segundo exigência da Lei n. 13.848, de 25 de junho de 2019, nota-se o transcurso de período exíguo de tempo para a conclusão do processo de normatização que permita a aplicação concreta dos instrumentos de controle de resultados estabelecidos no marco legal do setor ferroviário.

Em vista disso, depreende-se que a lacuna na regulamentação, em âmbito regulatório, sobre o assunto observada atualmente representa um fator limitador da viabilidade da aplicação dos instrumentos de controle de resultados definidos para a exploração de ferrovias autorizadas.

Entretanto, diante do prazo transcorrido desde a aprovação do texto definitivo do marco do setor ferroviário, das exigências legais impostas ao processo normativo das agências reguladoras e da complexidade técnica da matéria, verifica-se que as limitações à viabilidade da aplicação dos instrumentos de controle em questão, associadas à normatização técnica, poderão ser superadas com a continuidade do processo normativo já iniciado pela ANTT, haja vista a necessidade de observância do desenvolvimento regular do processo normativo necessário à adequada e suficiente regulamentação exigida pelas prescrições do marco legal do setor.

No mesmo sentido, os instrumentos de controle associados ao poder fiscalizatório e de análise técnica atribuem à ANTT a execução de diversas atividades, como: análise de requerimentos de autorização apresentados, análise de compatibilidade locacional entre os projetos objeto de requerimento de autorização, análise de motivos ensejadores da extinção dos contratos, análise de aplicação de penalidades, análise de práticas anticompetitivas e de solicitação de ampliação de trechos e retificação de traçados, além da fiscalização dos contratos e aplicação das medidas decorrentes.

Diante da necessidade de execução de amplo espectro de atividades de fiscalização e análise, conjuntamente com as demais atribuições do órgão, que envolvem todo o setor de transportes terrestres, verifica-se que a viabilidade de aplicação dos instrumentos de controle de resultados definidos no marco legal do setor ferroviário será influenciada diretamente pela capacidade operacional do órgão regulador do setor de desempenhar suas atividades regulares, especialmente se considerado o volume de solicitações de autorizações apresentadas, que contabilizaram 71 requerimentos que abrangem todas as regiões do País, com 46 contratos vigentes, representando 12.000 km de ferrovias, segundo informações da própria Agência^[8], as quais apontam uma quantidade significativa de trechos ferroviários submetidos ao processo de autorização, correspondentes a aproximadamente um terço da malha ferroviária existente, que era formada por 29,9 mil quilômetros em 2021^[9].

Além disso, ao analisar a quantidade de autorizações de outorgas para a instalação de terminais portuários de uso privado (TUP), que operam em regime de direito privado, desde a atualização do marco legal aplicável ao setor portuário ocorrida em 2013, observou-se, com base no painel de instalações privadas mantido pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários

(ANTAQ)^[10], o número médio de 16 outorgas por ano entre os anos de 2014 e 2023, totalizando 159 autorizações de TUPs no período correspondente.

Ao confrontar o número de autorizações outorgadas no setor portuário no período de 10 anos com o número de requerimentos e autorizações para a operação de ferrovias em apenas 3 anos, e considerando o maior grau de restrição de área para as autorizações de TUP, que se limitam à faixa litorânea do País, verifica-se a possibilidade de um volume significativamente superior de requerimentos e autorizações ferroviárias em comparação aos TUPs, que exigirá uma maior capacidade operacional do órgão regulador para o cumprimento efetivo de suas atividades de fiscalização e regulação voltadas à exploração de ferrovias mediante autorização.

Quanto ao ministério setorial responsável pelo setor ferroviário, ressalta-se sua função relevante para a realização de chamamentos públicos, com vistas a identificar interessados na exploração de ferrovias mediante autorização, a partir de trechos não implantados ou de trechos concedidos em processo de devolução ou desativação, ou considerados ociosos.

Em razão da importância relatada, verifica-se que a capacidade e o interesse do órgão do Poder Executivo federal para o levantamento e disponibilização de trechos ferroviários a serem submetidos ao processo de chamamento público, cuja competência foi atribuída à ANTT, influenciarão na efetividade do instituto, cujo objetivo é recuperar a operação de trechos ferroviários, em benefício da ampliação da oferta de serviços ferroviários.

Cumprir destacar, ainda, a existência de lacunas na Política Nacional de Transporte Ferroviário apontadas em acompanhamento realizado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), objeto do Acórdão n. 1.617/2023 (TCU, 2023). Segundo a avaliação da corte de contas, a ausência de diretrizes para o setor ferroviário é capaz de comprometer o alcance dos objetivos almejados pelo novo marco legal do setor, na medida em que a ausência dessas diretrizes prejudica a avaliação dos requerimentos de autorização apresentados (TCU, 2023), uma vez que a análise de convergência do objeto do requerimento de autorização com a política pública do setor ferroviário é uma condição a ser observada para aprovação do requerimento e consequente concessão de outorga. Assim, as lacunas identificadas pela corte de contas prejudicam a precisão da análise que fundamentará a decisão sobre a outorga de autorização de serviços ferroviários.

Em vista do ponto identificado em sede de controle externo ora descrito, observa-se que a atuação do órgão responsável pela definição das diretrizes de política pública para o setor ferroviário também apresenta-se como um fator limitador à viabilidade da aplicação dos instrumentos de controle de resultados voltados à consecução dos objetivos definidos para os serviços de transporte ferroviário outorgados mediante autorização, ante o prejuízo da análise adequada pelo órgão regulador dos requerimentos de autorização apresentados, afetando o fluxo necessário estabelecido para a outorga de autorizações que atendam aos objetivos determinados para a prestação dos serviços ferroviários autorizados de ampliação da oferta e da competitividade dos serviços.

Além disso, importa ressaltar que a definição e a implementação de processo de monitoramento – sobre as atividades realizadas pelos órgãos responsáveis para a adequada operacionalização dos instrumentos de controle que conduzem ao alcance dos objetivos estabelecidos para os serviços ferroviários e sobre os resultados obtidos em razão das medidas implementadas – constituem medidas que evidenciam a efetividade da aplicação dos instrumentos de controle definidos, além da identificação de eventuais necessidades de aprimoramento desses instrumentos, uma vez que permite a verificação da concretização dos objetivos instituídos pelas normas produzidas em decorrência da devida aplicação dos instrumentos de controle pelos órgãos responsáveis (Barcelos, 2018), em consonância com as diretrizes estabelecidas no marco normativo.

Por essa razão, o processo de monitoramento das ações e resultados associados à aplicação dos instrumentos de controle para a consecução dos objetivos dos serviços ferroviários autorizados revela-se como importante ferramenta para a verificação da adequação e suficiência dos instrumentos de controle estabelecidos, possibilitando a obtenção de informações que subsidiem o aperfeiçoamento dos controles instituídos.

Apesar da instituição, pela ANTT, de processo de Avaliação de Resultado Regulatório visando verificar o alcance dos objetivos e os impactos à sociedade decorrentes das normas editadas^[11] e da disponibilização detalhada de informações sobre os requerimentos e contratos de autorização, não foi identificada no arcabouço normativo aplicável a instituição de instrumentos ou de processos de monitoramento de ações e resultados específicos para os serviços ferroviários outorgados mediante autorização a serem executados pelos órgãos responsáveis.

Assim, a ausência de mecanismos de monitoramento das ações e resultados associados aos serviços de transporte ferroviário outorgados mediante autorização compromete a verificação da adequada operacionalização dos instrumentos de controle pelos órgãos responsáveis, bem como dos resultados de ampliação da oferta e competitividade dos serviços de transporte ferroviário autorizados, em prejuízo da avaliação quanto à efetividade e à correta aplicação dos instrumentos de controle voltados à consecução dos objetivos definidos para os serviços ferroviários autorizados, caracterizando outro fator limitador da viabilidade de utilização de tais instrumentos.

Outrossim, ponderadas a capacidade operacional do órgão regulador para o desempenho suficiente das atividades que resultam na efetividade da aplicação dos instrumentos de controle de resultados identificados na seção anterior, a continuidade do processo de normatização já iniciado sobre a matéria e a capacidade e priorização do Poder Executivo federal para execução das atividades necessárias à realização de procedimentos de chamamento público, além da ausência de definição das diretrizes da Política Nacional de Transporte Ferroviário evidenciada pelo TCU e da instituição de processo específico de monitoramento de ações e resultados, cumpre ressaltar os desafios a serem enfrentados diante das restrições impostas pelo arcabouço jurídico que prejudicam a consecução do objetivo para a prestação de serviços ferroviários de promoção da competitividade no setor.

Assim, as restrições estabelecidas pelo marco legal do setor ferroviário apontadas na seção anterior – referentes à ausência de previsão que restrinja a recusa de compartilhamento de infraestrutura ferroviária e à concessão de tratamento discriminatório em favor de concessionárias cuja área de influência da concessão abranja o trecho objeto de autorização – limitam a utilização dos instrumentos que visam a promoção da competitividade, reduzindo com isso a viabilidade das medidas de controle voltadas à consecução dos resultados definidos para os serviços de transporte ferroviário outorgados mediante autorização.

Com efeito, a apuração de eventuais condutas anticompetitivas decorrentes de recusa injustificada à prestação de serviços pode restar prejudicada em virtude da ausência de previsão que restrinja a recusa de compartilhamento da malha por autorizatário. No mesmo sentido,

o direito de preferência temporária conferido à concessionária de ferrovia para a autorização de exploração de trecho ferroviário na área abrangida pela concessão é capaz de prejudicar a avaliação de eventual exercício abusivo de tal prerrogativa, a pretexto de prejudicar concorrente ou restringir a entrada de ofertantes na região atendida, durante o prazo de preferência de cinco anos.

Convém ponderar que as limitações apontadas relacionadas à capacidade operacional dos órgãos públicos responsáveis podem apresentar maior ou menor grau de superação, podendo ser afetadas por diversos fatores que extrapolam o objeto do presente artigo, que poderão ser aprofundados em outros estudos.

Ante o exposto, identifica-se que os instrumentos de controle estabelecidos pelo marco legal do setor ferroviário para apoiar a Administração Pública no alcance dos objetivos definidos para a prestação dos serviços de transporte ferroviário outorgados mediante autorização terão como fatores limitadores da sua viabilidade a reduzida produção normativa regulatória que dispõe sobre a matéria, a qual tenderá a ser superada pela continuidade do processo de normatização em curso pela ANTT; a capacidade dos órgãos responsáveis pelo cumprimento efetivo das atividades atribuídas no marco normativo, com destaque para o órgão regulador, em frente ao amplo escopo de atribuições de natureza técnica de maior complexidade e inovadora para o setor; e o maior volume de requerimentos de autorização em comparação aos serviços de TUPs, além das restrições legais à competitividade impostas pelo marco legal do setor ferroviário identificadas e da ausência de mecanismos específicos de monitoramento das ações e resultados referentes à aplicação dos instrumentos de controle.

6 Considerações finais

O transporte ferroviário representa um relevante vetor para o desenvolvimento socioeconômico do País, ao contribuir para a redução dos custos logísticos de escoamento da produção nacional destinada à exportação, em razão das vantagens proporcionadas em termos de maior eficiência no transporte de elevados volumes por grandes distâncias, configurando um serviço de relevância pública estratégico no planejamento estatal voltado ao desenvolvimento do setor de transportes.

Diante da importância relatada, e considerando o direcionamento da atuação do Poder Público voltado ao alcance dos objetivos definidos para as ações realizadas, no contexto do modelo de gestão pública adotado pelo País, a identificação de instrumentos de controle que promovam o alcance dos resultados almejados para a exploração de transporte ferroviário em regime de direito privado – mediante outorga por autorização, introduzido pela Lei n. 14.273/2021, com o objetivo de ampliar a oferta e a competitividade no setor ferroviário, com reflexos na redução dos custos logísticos – contribui para verificar a presença de elementos que permitam a aplicação das medidas necessárias à condução dos objetivos definidos para a prestação dos serviços ferroviários outorgados mediante autorização, promovendo a gestão responsável e efetiva dos recursos públicos, direcionada ao atendimento do interesse da coletividade.

As regras e condições estabelecidas pelo arcabouço jurídico que disciplina a prestação dos serviços ferroviários autorizados materializam instrumentos de controle que conduzem à concretização dos objetivos definidos para a prestação desses serviços, notadamente a ampliação da oferta e da competitividade do setor. Esses instrumentos, dispostos no marco legal e regulamentar do setor ferroviário, privilegiam a autorização mesmo em casos de ferrovias que interliguem os mesmos locais ou que necessitem acessar outras ferrovias, bem como exigem o cumprimento de diversas condições para a autorização que assegurem o cumprimento dos compromissos de implantação e efetiva exploração dos trechos, além de estabelecerem hipóteses de extinção de outorga em caso de inobservância das condições exigidas e previrem a realização de processo de chamamento público para a exploração de trechos devolvidos ou desativados, entre outros instrumentos identificados.

Entretanto, a presença de fatores limitadores à viabilidade da aplicação dos instrumentos de controle que conduzem à consecução dos objetivos associados à exploração de serviços ferroviários outorgados mediante autorização pode comprometer o alcance dos resultados pretendidos pela Administração Pública, corroborando parcialmente a premissa adotada de que não são estabelecidos parâmetros e instrumentos suficientes que permitam ao Poder Público alcançar os objetivos estabelecidos.

Nesse sentido, a ausência de regulamentação necessária à operacionalização dos instrumentos de controle, a capacidade dos órgãos

responsáveis pelo cumprimento efetivo das atividades atribuídas no marco normativo, sobretudo a Agência reguladora, ante a complexidade técnica e a natureza inovadora da matéria e ao volume de requerimentos de autorização a serem apresentados – além das restrições legais à competitividade impostas pelo marco legal do setor ferroviário identificadas e da ausência de mecanismos de monitoramento específico das ações e resultados associados aos serviços de transporte ferroviário outorgados mediante autorização –, representam limitações à adequada aplicação dos instrumentos de controle pelos órgãos responsáveis, configurando-se um desafio à efetivação das medidas necessárias à consecução dos objetivos planejados pelo Poder Público para a prestação dos serviços de transporte ferroviário outorgados mediante autorização.

Referências

ANTT – AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. Resolução n. 5.987, de 1º de setembro de 2022. Disciplina o processo administrativo de requerimento para exploração de novas ferrovias, novos pátios ferroviários e demais instalações acessórias mediante outorga por autorização, nos termos do art. 25 da Lei n. 14.273, de 23 de dezembro de 2021. **Diário Oficial da União**, seção 1, Brasília, DF, 2 set. 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/2894da4d>. Acesso em: 18 mar. 2024.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun., 2005. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43620>.

BARCELOS, Ana Paula de. Políticas públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos a sério”. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 252-265, ago. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5294>.

BARRIONUEVO FILHO, Arthur; LUCINDA, Cláudio Ribeiro de. Teoria da regulação. In: ARVATE, Paulo Roberto; BIDERMAN, Ciro (org.). **Economia do setor público no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 13ª reimpressão. p. 47-71.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial do Estado de 1995. **RAP**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 4, p. 7-26, jul./ago. 2000. Disponível em: <https://tinyurl.com/4pxj8x56>. Acesso em: 11 mar. 2024.

CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Cartilha do Cade**. Brasília: CADE, maio 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9tu8ff>. Acesso em: 18 maio 2024.

CAVACO, Bruno de Sá Barcelos. Capacidades institucionais e caminhos a serem percorridos para uma nova cena institucional democrática. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 81, p. 103-126, jul./set, 2021.

CNT – CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE. **O transporte move o Brasil**: propostas da CNT ao país. Brasília: CNT, 2022.

DAYCHOUM, Mariam Tchepurnaya; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência no setor ferroviário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

EPL – EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA. **Plano Nacional de Logística 2035**. Brasília: EPL, 2021.

GONZAGA, Roger Santos. O novo regime de exploração de transportes ferroviários de cargas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; PEREIRA, Anna Carolina Migueis; LISBOA, Leticia Lobato Anicet (coord.). **Regulação e infraestrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 589-623.

GUERRA, Evandro Martins. **Controle externo da administração pública**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O paradigma do resultado. In: CARLIN, Ivo Volnei (org.). **Grandes temas do direito administrativo**: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi. Florianópolis: Conceito Editorial; Millenium, 2009. p. 220-222.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão n. 1617/2023** (Plenário). Acompanhamento da implantação de política pública de autorizações ferroviárias estabelecida por meio da Medida Provisória 1.065/2021 e, posteriormente, pela Lei 14.273/2021. Relator: Jhonatan de Jesus, 9 ago. 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/3h8s3ctu>. Acesso em: 1º abr. 2024.

TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Portaria TCU n. 280, de 8 de dezembro de 2010**. Aprova as Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União. Brasília, 2010.

TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública**. 2. Versão. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Paraná, v. 25, n. 1, p. 110-132, jan./abr. 2020.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia: princípios básicos**. 1947. 10. reimpressão. Tradução Maria José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

Notas

- [1] Apesar de sancionada em 23 de dezembro de 2021, a Lei n. 14.273/2021 teve diversos vetos promulgados apenas em 11 de outubro de 2023.
- [2] Segundo Barrionuevo e Lucinda (2004), um setor econômico pode ser caracterizado como monopólio natural quando a produção desse setor, se realizada por uma única empresa, é feita ao menor custo possível.
- [3] A mesma matéria havia sido objeto da Medida Provisória n. 1.065, de 30 de agosto de 2021, cujo prazo de vigência encerrou-se em 6 de fevereiro de 2022.
- [4] Governança no setor público é o “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade” (TCU, 2014, p. 5-6).
- [5] A teoria microeconômica preceitua uma relação inversa entre a variação da oferta de bens e serviços e os preços praticados em um determinado mercado em regime competitivo, considerados os demais fatores que afetam o mercado, assim como preconiza que, quanto maior o número de concorrentes, maior a disputa para o atendimento dos consumidores do mercado, refletindo-se em uma redução do nível de preços (Varian, 2006).
- [6] Segundo o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, 2016), o poder de mercado é a capacidade de uma empresa de “manter seus preços sistematicamente acima do nível competitivo de mercado sem com isso perder todos os seus clientes”.
- [7] Disponível em: <https://tinyurl.com/2m6ze7sk>. Acesso em: 18 mar. 2024.
- [8] Disponível em: <https://tinyurl.com/25t9kdx> . Acesso em: 18 mar. 2024.
- [9] Disponível em: <https://tinyurl.com/3befpcvu> . Acesso em: 21 mar. 2024.
- [10] Disponível em: <https://tinyurl.com/5n6jk4er> . Acesso em: 19 mar. 2024.
- [11] Segundo destacado pela ANTT, a Avaliação de Resultado Regulatório (ARR) é “instrumento de análise dos efeitos decorrentes da edição de ato normativo da Administração Pública Federal, de modo a verificar o alcance dos objetivos originalmente pretendidos e os demais impactos observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação”. Disponível em: <https://tinyurl.com/2bd956jz> . Acesso em: 13 abr. 2024.