

NOVO MARCO LEGAL FERROVIÁRIO

AVANÇOS E PONTOS
DE ATENÇÃO AO PLS 261/2018



Confederação Nacional da Indústria
PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

NOVO MARCO LEGAL FERROVIÁRIO

AVANÇOS E PONTOS
DE ATENÇÃO AO PLS 261/2018

Acesse a publicação
pelo QR Code abaixo.



CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI

Robson Braga de Andrade
Presidente

Gabinete da Presidência

Teodomiro Braga da Silva
Chefe do Gabinete - Diretor

Diretoria de Desenvolvimento Industrial e Economia

Carlos Eduardo Abijaodi
Diretor

Diretoria de Relações Institucionais

Mônica Messenberg Guimarães
Diretora

Diretoria de Serviços Corporativos

Fernando Augusto Trivellato
Diretor

Diretoria Jurídica

Hélio José Ferreira Rocha
Diretor

Diretoria de Comunicação

Ana Maria Curado Matta
Diretora

Diretoria de Educação e Tecnologia

Rafael Esmeraldo Lucchesi Ramacciotti
Diretor

Diretoria de Inovação

Gianna Cardoso Sagazio
Diretora

NOVO MARCO LEGAL FERROVIÁRIO

AVANÇOS E PONTOS
DE ATENÇÃO AO PLS 261/2018



Brasília, 2021



Confederação Nacional da Indústria
PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

© 2021. CNI – Confederação Nacional da Indústria.

Qualquer parte desta obra poderá ser reproduzida, desde que citada a fonte.

CNI

Diretoria de Relações Institucionais – DRI

FICHA CATALOGRÁFICA

C748a

Confederação Nacional da Indústria.

Novo marco legal ferroviário : avanços e pontos de atenção ao PLS 261/2018 /
Confederação Nacional da Indústria. – Brasília : CNI, 2021.

46 p. : il.

1.Marco Ferroviário. 2. Lei das Ferrovias. I. Título.

CDU: 625.111

CNI
Confederação Nacional da Indústria
Sede
Setor Bancário Norte
Quadra 1 – Bloco C
Edifício Roberto Simonsen
70040-903 – Brasília – DF
Tel.: (61) 3317-9000
Fax: (61) 3317-9994
<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/>

Serviço de Atendimento ao Cliente – SAC

Tels.: (61) 3317-9989/ 3317-9992
sac@cni.com.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	7
SUMÁRIO EXECUTIVO.....	9
INTRODUÇÃO	15
2 PREÂMBULO AO PLS 261: A EXPERIÊNCIA DAS <i>SHORT LINES</i> NO ESTADOS UNIDOS	19
3 PREÂMBULO À ES-CI: INICIATIVAS VOLTADAS PARA A REVISÃO DO MARCO REGULATÓRIO DO TRANSPORTE FERROVIÁRIO	23
4 A NOVA CONFIGURAÇÃO DO SISTEMA DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO	27
4.1 A outorga e exploração de ferrovias em regime público	31
4.2 A outorga e exploração de ferrovias em regime privado	32
4.3 Regras de operação comuns aos regimes público e privado e compartilhamento da infraestrutura ferroviária.....	34
4.4 Outras questões contempladas no PLS 261	36
5 RESUMO E PROPOSTAS DE MODIFICAÇÕES NO TEXTO DA ES-CI	41

APRESENTAÇÃO

As ferrovias vêm sendo negligenciadas, no Brasil, há décadas. Estimativas apontam que, sem levar em consideração as cargas de minério de ferro, essa modalidade representa apenas 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 em nossas ferrovias está muito abaixo do seu potencial.

Desde 2018, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 261, que propõe um novo marco legal para as ferrovias brasileiras. Visando superar problemas de operação da malha ferroviária, a proposta eleva à categoria de lei vários pontos contemplados em normas infralegais. O texto estabelece, também, uma nova ordem de ferrovias, construídas ou adquiridas pela iniciativa privada por meio de outorgas de autorização. Essa modalidade de exploração facilita os investimentos na expansão das linhas e em trechos ociosos, fomentando o compartilhamento das ferrovias.

A possibilidade de outorgas de autorização ao operador privado é particularmente importante para a viabilização, no Brasil, de ferrovias de curta extensão, conhecida como *shortlines*. Nos Estados Unidos, elas somam cerca de 560 pequenos trechos e foram essenciais para o aumento da eficiência e do volume de cargas transportadas nos últimos anos.

A indústria apoia o projeto de lei por entender que as mudanças vão incentivar a ampliação e a integração da malha ferroviária. O setor produtivo nacional depende dessa e de outras medidas que equilibrem e diversifiquem a nossa matriz de transportes, de forma a reduzir o custo logístico de adquirir os insumos necessários à produção e de levar as mercadorias finais ao consumidor.

O presente estudo tem como objetivo contribuir com as discussões sobre a Nova Lei de Ferrovias preconizada pelo projeto. Nele, analisamos os principais dispositivos e alterações sugeridas e fazemos indicações de aprimoramento ao novo marco legal e regulatório.

Boa leitura.

Robson Braga de Andrade

Presidente da CNI



SUMÁRIO EXECUTIVO



O Projeto de Lei do Senado 261/2018 tem como propósito específico viabilizar a operação no país de uma nova ordem de ferrovias, construídas e exploradas pela iniciativa privada em regime de direito privado. As significativas modificações introduzidas ao longo da tramitação do projeto no Senado resultaram, no entanto, na formulação da Emenda Substitutiva da Comissão de Serviços de Infraestrutura (**ES-CI**), que tem um novo escopo, mais amplo: formular a consolidação do marco legal e regulatório setorial vigente, incluindo as ferrovias privadas, configurando assim uma **Lei das Ferrovias**.

Essa iniciativa é bem-vinda. A operação da malha ferroviária do país permanece, ainda hoje, condicionada pelas cláusulas dos contratos de concessão firmados quando da privatização dessa malha, complementadas por algumas resoluções da ANTT relativas a pontos específicos e por legislação mais recente que autorizou a prorrogação antecipada daqueles contratos (Lei 13.448/17). A iniciativa é sobretudo tempestiva em um momento em que estão em negociação as prorrogações daqueles contratos.

A Lei de Ferrovias proposta, além de incluir as ferrovias privadas, eleva a texto legal várias questões e iniciativas contempladas em normas infralegais na década passada, visando superar problemas da operação da malha ferroviária decorrentes da regulação implícita nos contratos de concessão. Três pontos principais incluídos na proposta merecem destaque:

- **Trechos não explorados da malha concedida:** estabelece procedimentos para a disponibilização de trechos ferroviários ociosos por mais de três anos a investidores privados.
- **Investimento realizado pelas concessionárias:** incorpora dispositivos previstos em regulação infralegal, tais como (i) a obrigação de realização de investimento para aumento de capacidade instalada ao longo do período do contrato, de forma a reduzir o nível de saturação do trecho ferroviário; e (ii) a instituição do usuário investidor, pessoa física ou jurídica que venha a investir no aumento de capacidade de infraestrutura ferroviária concedida ou material rodante, com vistas ao transporte em ferrovia que não lhe esteja outorgada.
- **Concorrência intramodal na malha ferroviária:** (i) abandona explicitamente o monopólio regional implícito nas concessões ferroviárias outorgadas na década de noventa, ao estabelecer que a outorga de determinada ferrovia não impede a outorga de outras ferrovias na mesma região geográfica; e (ii) incorpora ao marco legal das ferrovias operadas em regime público o “modelo de ferrovia operada por concessionário verticalmente integrado com acesso à malha concedida de operadores independentes (o transportador desvinculado da gestão da infraestrutura ferroviária)”.

No entanto, o significado dessas alterações relativas à concorrência, como formuladas na ES-CI, merece qualificações significativas.

A afirmação da possibilidade de outorga de mais de uma concessão ou autorização em uma região é certamente necessária e importante. Contudo, a possibilidade de ocorrência desse evento, no tocante às redes mais significativas, é remota.

Por outro lado, o “modelo com acesso de operadores independentes à malha concedida” é incorporado à ES-CI como apenas como uma possibilidade. De fato, cabe ao regulador ferroviário decidir, previamente à licitação, acerca da obrigatoriedade de oferta de capacidade a terceiros, devendo estabelecer no contrato de concessão a capacidade mínima a ser disponibilizada a terceiros.

A Lei de Ferrovias proposta atribui, portanto, à discricionariedade do regulador a decisão sobre se uma ferrovia será aberta à competição ou se será entregue como um monopólio ao concessionário — vale notar que a emenda não dá nenhuma indicação de que critérios devem informar essa decisão entre a concorrência e o monopólio.

A ES-CI ignora assim os próprios princípios e diretrizes da política setorial que enuncia, os quais enfatizam o estímulo à concorrência intermodal e intramodal. E representa um retrocesso (i) em relação à regulação infralegal vigente que, dentro de seus limites, contemplou o acesso de operadores independentes à infraestrutura ferroviária e, sobretudo, (ii) em relação à Lei 13.448/17, que consagra a mesma orientação no tocante à prorrogação dos contratos de concessão vigentes.

É indicativo da posição secundária que a proposta de Lei de Ferrovias atribui ao “modelo com acesso de operadores independentes à malha concedida” a pouca atenção que confere ao ator que caracteriza esse modelo — o “transportador desvinculado da gestão da infraestrutura ferroviária”, identificado como “operador ferroviário independente” na Lei 10.233/01 e na Lei 13.448/17. Esse agente não é caracterizado no artigo do projeto de lei que estabelece as definições técnicas e setoriais importantes e indica a denominação específica dos atores setoriais mais recorrentes. Da mesma forma, não existe na ES-CI menção a seus direitos e obrigações.

Essa omissão remete o regramento de sua natureza, direitos e obrigações à regulação infralegal. Esse regramento aliás, referido ao operador ferroviário independente, já existe e foi atualizado pela recente Resolução 5.290 da ANTT, de dezembro de 2020. Contudo, é relevante que as diretrizes básicas relativas a esse ator sejam formalizadas no texto da Lei de Ferrovias proposta.

A proposta de Lei de Ferrovias incorpora ainda tópicos contemplados pelo PLS original, que não constam do marco regulatório vigente, relativos:

- **à autorregulação ferroviária**, que prevê a possibilidade de criação de entidade de autorregulação ferroviária, sob a forma de pessoa jurídica de direito privado;
- **a operações urbanísticas**, que dispõe sobre efeitos da instalação e operação de nova infraestrutura ferroviária em zonas urbanas ou zonas de expansão urbana; e
- **à segurança do trânsito e do transporte ferroviários**, cuja regulação é elevada a nível legal — o assunto é atualmente abordado no Regulamento dos Transportes Ferroviários, aprovado por decreto de 1996.

O texto aqui sumariado aponta ainda outros pontos do texto legal que suscitam dúvidas ou exigem correções — tais pontos dizem respeito à previsão legal para aplicação dos regimes de concessão e permissão; definição do prazo da autorização para ferrovias em regime privado; critérios para seleção de autorizatário; tráfego mútuo e direito de passagem; e composição da agência de autorregulação.

As considerações apresentadas anteriormente e as dúvidas e imprecisões apontadas sugerem que se contemple as modificações do texto da ES-CI indicadas a seguir.

- i) **Garantir a oferta de capacidade a terceiros nos contratos de concessão**, eliminando a competência de o regulador ferroviário decidir acerca da obrigatoriedade dessa oferta.
- ii) **Incorporar o operador ferroviário independente ao texto legal**, com a definição de sua natureza e das diretrizes básicas relativas a seus direitos e obrigações.
- iii) **Incluir a previsão legal para aplicação do regime de permissão.**
- iv) **Corrigir omissões relativas à seleção e ao prazo do contrato de autorizatários da exploração de ferrovias privadas.**
- v) **Adequar o texto sobre a autorregulação ferroviária**, com a inclusão dos operadores ferroviários independentes.

Destaque-se, por fim, que a nova lei requererá para sua implementação a elaboração de inúmeros atos infralegais (em muitos casos, a revisão de resoluções já existentes) que detalhem as disposições do texto legal.

É importante que a ANTT seja diligente e eficiente na execução dessa tarefa. Em particular, porque é importante que se consolide a revisão do marco regulatório vigente previamente à formalização da renovação antecipada dos contratos de concessão autorizados pela Lei 13.448/17, de modo a assegurar que sejam observadas nesses contratos as diretrizes e os limites definidos pela nova Lei das Ferrovias e por sua regulamentação e evitar que a operação da malha ferroviária do país continue a ser regulada por cláusulas contratuais que não refletem o marco legal e regulatório em vigor.



INTRODUÇÃO



O marco regulatório do transporte ferroviário do país foi estabelecido, na segunda metade dos anos noventa, pelos editais de licitação e pelos contratos de concessão outorgados no âmbito do processo de privatização da malha ferroviária. A legislação específica relativa ao setor de transporte terrestre e aquaviário, do início da década seguinte (Lei 10.223/01), define a estrutura institucional da regulação, mas, no tocante aos procedimentos e do controle das outorgas, estabelece normas gerais para cada uma das modalidades, sem tratar, no entanto, das especificidades dos diferentes modais de transporte.

Assim, a operação das malhas privatizadas permaneceu condicionada pelas cláusulas dos contratos de concessão, complementadas por algumas resoluções da ANTT relativas a pontos específicos e por legislação mais recente que estabeleceu diretrizes gerais para a prorrogação dos contratos de concessão no setor ferroviário (Lei 13.448/17).

O Projeto de Lei do Senado 261/2018, do Senador José Serra, altera esse marco regulatório com propósitos específicos, enunciados em sua ementa:

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.

O PLS visa assim instituir nova ordem de 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.

Por outro lado, não interfere nas ferrovias de titularidade pública outorgadas mediante concessão — mantém inalterado o marco regulatório vigente aplicável a ferrovias já concedidas ou a serem construídas.

Além disso, o PLS 261 dispõe ainda sobre (i) a autorregulação ferroviária, com vistas a possibilitar que o próprio mercado promova a gestão e a coordenação do trânsito de pessoas e de mercadorias por linhas de diferentes empresas, sem prejuízo da atuação do Poder Público em casos de conflitos não conciliados pelas partes; e (ii) sobre segurança do trânsito e do transporte ferroviários, trazendo para o nível legal as disposições presentes no Regulamento dos Transportes Ferroviários.

Ao longo da tramitação do PLS 261 no Senado, foram introduzidas modificações significativas no seu escopo o que resultou na formulação da Emenda Substitutiva da Comissão de Serviços de Infraestrutura (**ES-CI**), com uma nova ementa que difere significativamente da ementa do projeto original: “Dispõe sobre o transporte ferroviário

Como indica sua ementa, o substitutivo absorve a proposta original de autorização de ferrovias de titularidade privada em uma proposta mais abrangente de organização do transporte ferroviário em uma lei específica, que dispõe sobre matérias hoje normatizadas por diversos textos legais e normas infralegais. Pretende assim formular a consolidação do marco legal e regulatório vigente, configurando uma **Lei das Ferrovias**.

Nesse sentido, dispõe sobre a outorga de exploração do transporte ferroviário em regime público (objeto da Lei 10.233) e em regime privado (objeto do PLS original), bem como estabelece regras comuns aos regimes público e privado relativas à operação das ferrovias (objeto dos contratos de concessão e de normas infra legais), ao compartilhamento da infraestrutura ferroviária (objeto de normas legais e infralegais) e à habilitação de usuário investidor (objeto apenas de norma infralegal). Além disso, incorpora tópicos introduzidos pelo PLS original, relativos à autorregulação ferroviária e a operações urbanísticas, e também à elevação a nível legal das disposições presentes no Regulamento dos Transportes Ferroviários.

Essa iniciativa de consolidação do marco legal e regulatório vigente em uma **Lei das Ferrovias**, é bem-vinda — e, inclusive, tempestiva em um momento em que estão em negociações as revisões dos contratos de concessão da malha federal previstas pela Lei 13.448/17.

O propósito do presente texto, além de focalizar as normas relativas à operação de ferrovias privadas (*short lines*), é examinar a consolidação promovida pelo substitutivo hoje em discussão para identificar e avaliar as modificações introduzidas em relação ao marco regulatório vigente.

Apresenta-se a seguir a estrutura da Emenda Substitutiva, destacando em negrito os capítulos que incorporam, em geral alterando, o texto do PLS original.

QUADRO 1 – Estrutura da Emenda Substitutiva da Comissão de Serviços de Infraestrutura (ES-CI) ao PLS 261/2018 (capítulos novos destacados em negrito)

Capítulo I. Das disposições preliminares

Capítulo II. Dos princípios e das diretrizes

Capítulo III. Da organização do transporte ferroviário

Seção I Da Classificação

Seção II Das Regras de Outorga

Capítulo IV. Das ferrovias exploradas em regime público

Seção I. Das Concessões e das Permissões

Capítulo V. Das ferrovias exploradas em regime privado

Seção I. Da Autorização

Subseção I. Das Novas Ferrovias

Subseção II. Das Ferrovias Ociosas

Seção II. Do Contrato de Autorização

Seção III. Da Extinção da Autorização

Capítulo VI. Das regras comuns aos regimes público e privado

Seção I Da operação

Seção II. Do Compartilhamento da Infraestrutura Ferroviária

Seção III. Da Habilitação de Usuário Investidor

Capítulo VII. Da autorregulação ferroviária

Capítulo VIII. Do trânsito e do transporte ferroviário

Seção I. Da Segurança e da Proteção do Trânsito

Seção II. Da Segurança e da Vigilância do Transporte

Capítulo IX. Das operações urbanísticas

Capítulo X. Das disposições transitórias e finais



2 PREÂMBULO AO PLS 261: A EXPERIÊNCIA DAS *SHORT LINES* NO ESTADOS UNIDOS



A expansão das *short lines* nas últimas três décadas nos Estados Unidos está associado ao processo de desregulação do setor ferroviário propiciado pela aprovação do *Staggers Rail Act de 1980*. 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 resultou em investimentos concentrados em linhas já existentes e nas linhas-tronco mais rentáveis. A médio prazo, o resultado desse processo foi um forte movimento de concentração no setor, com o número de operadores de maior porte (*Class I*) se reduzindo de 75 em 1965 para 7 em 1995 — quatro no oeste e três no leste dos Estados Unidos.

Essa nova ênfase na racionalização e eficiência acarretou também o desinteresse dos operadores ferroviários por trechos economicamente menos rentáveis — a legislação vigente até então os obrigava a manter em operação ferrovias antieconômicas. O abandono de trechos da malha ferroviária e a simplificação do processo de venda de ativos ferroviários, propiciado pela nova legislação, viabilizou a multiplicação das *short lines*, cujo número aumentou de 20 em 1980, para 470 em 1990 e para os atuais 603.^{1,2} Registre-se que, a exemplo do observado no caso das ferrovias *Class I*, também as *short lines* experimentaram um processo de concentração ao longo

1 Apesar de sua designação, o critério de caracterização de uma *short line* não é a sua extensão. Nos Estados Unidos, são consideradas ferrovias **Class III** as linhas com faturamento de até US\$ 35,8 milhões; **Class II**, aquelas entre US\$ 35,8 milhões a 447,6 milhões; e **Class I**, as com faturamento superior a esse último valor. Contudo, 80% das *short lines* nos Estados Unidos tem extensão inferior a 200 km. No Canadá, são considerados *short lines* os trechos que faturam menos de C\$ 250 milhões (cerca de US\$ 200 milhões).

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

do tempo — atualmente, 27 empresas *holding* controlam cerca de 270 *shorts lines* (45% do total).³

As *short lines* totalizam hoje rotas de 76 mil km, o que corresponde a 29% da malha dedicada ao transporte de carga nos Estados Unidos, movimentando um em cada cinco vagões deslocados anualmente no país.

As *short lines* dependem fortemente de sua conexão com ferrovias *Class I*, sendo os fluxos de transporte estruturados da seguinte forma⁴:

- 9% da carga transportada tem sua origem e destino no âmbito da malha de ferrovias *short lines* ou regionais;
- 33% da carga tem origem em uma *short line* e o destino em uma ferrovia *Class I*;
- 48% da carga tem origem em uma ferrovia *Class I* com destino para uma ferrovia *short line*;
- 10% da carga consiste na *short line* realizar a transferência de cargas entre duas ferrovias *Class I*.

A interconexão entre as *short lines* e as ferrovias *Class I* ocorre na modalidade de tráfego mútuo (aliás, mesmo na interconexão entre ferrovias *Class I*).

A malha de *short lines* dos Estados Unidos foi constituída a partir de trechos ferroviários ociosos em virtude do reduzido volume de cargas transportadas e de baixa rentabilidade econômica desses trechos. Além disso, foi constituída inicialmente por operadores ferroviários de pequeno porte, com baixa capacidade de investimento; contudo, como já apontado, a escala desses operadores vem aumentando em função do processo de concentração em curso.

A viabilidade econômica dessas ferrovias depende assim da possibilidade de operarem com custos reduzidos. Contribui nesse sentido sua regulação mais simplificada, com exigências regulatórias mais brandas (p.ex., menor frequência de inspeção, liberação do envio de relatórios financeiros etc.) e a menor atuação dos sindicatos, propiciada pela natureza local dessas empresas⁵. Contudo, as *short lines* se preocupam hoje com a tendência a uma regulação mais rigorosa.

3 AMERICAN-RAILS. **Short lines, where customer service is key!** Disponível em: <https://www.american-rails.com/shortlines.html>. Acesso em: 05 abr. 2021.

4 ASLRRRA - AMERICAN SHORT LINE AND REGIONAL RAILROAD ASSOCIATION. **Industry Facts**. Disponível em: https://www.aslrra.org/web/About/Industry_Facts/. Acesso em: 05 abr. 2021.

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

Da mesma forma, por operarem em uma infraestrutura já existente e utilizarem material rolante de menor custo, o Capex desses empreendimentos é certamente inferior ao das ferrovias *Class I*.⁶ Contudo, não são valores desprezíveis para empresas de menor porte. Assim, muitas *short lines* têm sido capazes apenas de manter a ferrovia em operação, com baixa capacidade de realizar investimentos voltados para o aumento de sua capacidade de transporte e de sua velocidade operacional.⁷

As *short lines* têm se beneficiado, no entanto, de um conjunto de programas do governo federal envolvendo subsídios, financiamentos com baixas taxas de juros e créditos tributários.⁸ Esses programas estão voltados para preservação ou melhoria das ligações ferroviárias tendo em vista o desenvolvimento econômico e o acesso industrial; os investimentos na recuperação e aumento da capacidade das linhas; a melhoria e a proteção das passagens de níveis; e a assistência a acidentes (reparo e recuperação).⁹

Da mesma forma, mais da metade dos estados norte-americanos disponibilizam programas de subsídios e outras formas de apoio financeiro a *short lines*, que contemplam a melhoria, modernização e recuperação das ferrovias; o acesso industrial e a melhoria e a segurança das passagens de níveis.¹⁰

6 Contudo, como os trechos ociosos viessem, em grande número de casos, recebendo manutenção inadequada da ferrovia *Class I*, o novo operador incorreu frequentemente em gastos iniciais de recuperação e manutenção significativos.

7 CPCS. Review of Canadian Short Line Funding Needs and Opportunities. p.2 in Railway Association of Canada. **Canada Transportation Act Review**, <https://www.railcan.ca/wp-content/uploads/2016/10/RAC-CTA-Submission-1.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2021.

8 **Subsídios**: TIGER, Section 130 Railway-Highway Grade Crossings Program; **financiamentos com juros reduzidos (concessional)**: RRIF Program; **créditos tributários**: Federal Railroad Track Maintenance Tax Credit (45G Tax Credit).

9 Ver CPCS. Review of Canadian Short Line Funding Needs and Opportunities. p.2 in Railway Association of Canada. **Canada Transportation Act Review**, <https://www.railcan.ca/wp-content/uploads/2016/10/RAC-CTA-Submission-1.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2021. p. 14.

10 Ver CPCS. Review of Canadian Short Line Funding Needs and Opportunities. p.2 in Railway Association of Canada. **Canada Transportation Act Review**, <https://www.railcan.ca/wp-content/uploads/2016/10/RAC-CTA-Submission-1.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2021. p. 16.



3 PREÂMBULO À ES-CI: INICIATIVAS VOLTADAS PARA A REVISÃO DO MARCO REGULATÓRIO DO TRANSPORTE FERROVIÁRIO



O marco regulatório configurado pelas cláusulas dos contratos de concessão da malha ferroviária privatizada e pela Lei nº 10.233/01 foi objeto, ao longo da década recém-encerrada, de sucessivas iniciativas de revisão, com focos distintos e apontando diferentes direções. Todas as iniciativas (resumidas a seguir) têm em comum, no entanto, a intenção de introduzir maior concorrência no transporte ferroviário de carga no país, por meio do compartilhamento da malha concedida.

Iniciativa com foco na malha concedida

Problemas identificados na operação da malha ferroviária no final da década passada — decorrentes de questões regulatórias derivadas de características dos contratos de concessão e do resultado do processo de licitação — induziram, em junho de 2011, a emissão de três resoluções da ANTT que promoviam modificações no marco regulatório vigente voltadas para a malha concedida.¹¹

A reforma de 2011 contemplava, em particular, introduzir algum grau de concorrência na malha ferroviária do país. Assim, embora essas modificações tivessem como limitação a necessidade de observar os contratos de concessão em vigor, apontavam para uma passagem do **(i)** modelo previsto no processo de privatização no qual a **concessionária, verticalmente integrada, tem exclusividade da exploração do transporte ferroviário de carga na faixa de domínio da malha concedida**

¹¹ Resolução 3.694/11 (defesa dos usuários), Resolução 3.695/11 (direito de passagem e tráfego mútuo) e Resolução 3.696/11 (metas de produção por trecho e metas de segurança).

para (ii) um modelo de múltiplo acesso à infraestrutura, no qual a **concessionária, verticalmente integrada, compartilha o acesso à malha com operadores independentes**.

O anúncio de um novo modelo de transporte ferroviário em 2012 relegou a reforma de 2011 a um segundo plano; embora a ANTT tenha implementado parcialmente as novas resoluções, não se concretizaram as possibilidades contempladas pela reforma.

Iniciativa voltada para a concessão de novas ferrovias

O modelo proposto em 2012, que tinha como foco principal a concessões de novas ferrovias, previa **a separação entre a gestão da infraestrutura ferroviária e a prestação do serviço de transporte**. O modelo não chegou a ser implementado e não se traduziu em textos legais ou regulatórios que estabelecessem sua configuração, resultando apenas em uma resolução da ANTT (Resolução 4.348/14) que disciplina a prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas não associado à exploração de infraestrutura ferroviária por operador ferroviário independente (**OFI**), entidade criada pela reforma de 2012.

Iniciativa voltada para a malha concedida

Diante das dificuldades de implantação de projetos de novas ferrovias, o foco da política de transporte ferroviário se deslocou, em meados da década passada, para a retomada do investimento na melhoria e expansão da malha atual, agora com ênfase no recurso à prorrogação antecipada dos contratos de concessão vigentes.

A Lei 13.448 de 2017, que estabeleceu diretrizes gerais para essa antecipação dos contratos, representou uma oportunidade para promover uma reforma do marco regulatório em vigor, com a incorporação ao contrato prorrogado ou relicitado de melhores práticas regulatórias. A nova lei contempla, em particular, introduzir maior concorrência no transporte ferroviário de carga no país, determinando o compartilhamento da malha concedida inclusive por meio da garantia contratual de capacidade de transporte a terceiros. Retoma assim a direção da reforma de 2011, indo além dos limites que lhe foram estabelecidos pelo contrato em vigor, e avançando na direção do modelo de concessionária verticalmente integrada com acesso de operadores independentes à malha concedida.

As determinações da Lei 13.448/2017 devem ser complementadas por regulamentação infralegal pela ANTT, que defina as diretrizes a serem observadas na negociação dos contratos de renovação das concessões. Tal regulamentação não foi ainda estabelecida, caminhando-se no sentido da repetição da experiência da década de noventa, na qual as cláusulas dos contratos de concessão definiram o marco regulatório.

O marco regulatório hoje em vigor

O marco atual compreende a Lei 10.233/01, a Lei 13.448/17, o Decreto 1.832/96 (Regulamento dos Transportes Ferroviários) e, basicamente, quatro resoluções da ANTT — a Resolução 3.694/11 (Regulamento dos Usuários), a Resolução 3.695/11 (Regulamento do Operações de Direito de Passagem e Tráfego Mútuo), a Resolução 3.696/11 (Regulamento para Pactuar as Metas de Produção por Trecho e as Metas de Segurança) e a Resolução 5.920/20 (Regulamento do Operador Ferroviário Independente, que substituiu a Resolução 4348/14 mencionada anteriormente).



4 A NOVA CONFIGURAÇÃO DO SISTEMA DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO



O PLS 261, em sua versão inicial, estabelece a competência da União em relação ao transporte ferroviário em infraestruturas de propriedade privada. A ES-CI, com sua nova abrangência, expande essa definição ao sistema ferroviário como um todo, esclarecendo, que a competência da União para dispor sobre regras relativas à segurança de trânsito e de transporte ferroviários se aplicam 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).

Da mesma forma, a PLS 261 estabelece, em relação às ferrovias em regime de direito privado, os princípios que devem orientar a política setorial e a construção, operação, regulação e a fiscalização das ferrovias e as diretrizes a serem observadas no transporte ferroviário. A ES-CI estende, com algumas modificações, esses princípios e diretrizes às ferrovias concedidas em regime de direito público (arts. 4º e 5º).

Ressalte-se que a ES-CI abandona explicitamente o monopólio regional implícito nas concessões ferroviárias outorgadas na década de noventa, ao estabelecer que a outorga de determinada ferrovia, em regime público ou privado, não impede a outorga de outras ferrovias, ainda que compartilhem os mesmos pares de origem e destino ou a mesma região geográfica (art. 9, parag. 1º).

A **proposta de organização do transporte ferroviário** formulada pela ES-CI está estruturada a partir de duas dicotomias (art. 6º).¹²

12 A ES-CI inclui também uma terceira dicotomia (carga x passageiros) que é, no entanto, irrelevante para a proposta de organização do transporte ferroviário no país.

A primeira, referida ao regime de execução do transporte, contrapõe o (i) **regime de direito privado**, previsto na versão inicial do PLS, ao (ii) **regime de direito público** contemplado pela legislação vigente.

A segunda, referida à natureza do transportador ferroviário, contrapõe o (i) **transportador vinculado à gestão da infraestrutura ferroviária**, objeto da Lei 10.233/01 e dos contratos de concessão da década de noventa; ao (ii) **transportador desvinculado da gestão da infraestrutura ferroviária**, previsto (a) na Lei 10.233/01, em dispositivo incluído pela Lei 12.743/12; (b) nas Resoluções da ANTT de 2011, com a identidade de Operador Ferroviário Independente (OFI), (c) na Resolução 5.920/20, que regulamenta o OFI; (d) no modelo de *open access* proposto em 2012, e (e) na Lei 13.448/17 que dispõe sobre prorrogação dos contratos firmados na década de noventa.

Ponto de atenção 1 – Acesso de terceiro à malha concessionada sob regime público.



A ES-CI incorpora ao marco regulatório das ferrovias operadas em regime público o **modelo de ferrovia operada por concessionário verticalmente integrado com acesso de operadores independentes à malha concedida**.¹³

Contudo, na formulação da ES-CI, esse modelo é incorporado apenas como uma possibilidade.

De fato, cabe ao regulador ferroviário decidir, previamente à licitação, acerca da obrigatoriedade de oferta de capacidade a terceiros (art. 9º, par. 2º).

Como se indicou na seção anterior, se consolidou, nos debates sobre a regulação ferroviária desenvolvidos ao longo da década recém encerrada, a ideia de que o acesso de operadores independentes à infraestrutura ferroviária constitui um fator decisivo para concretizar algum grau de concorrência intramodal na prestação de serviços de transporte ferroviário.

Assim, a ES-CI representa um retrocesso em relação à regulação infralegal que, dentro de seus limites, consagrou essa orientação e, sobretudo, em relação à Lei 13.448/17 que dispõe que as prorrogações dos contratos de parceria no setor ferroviário [todos, portanto] também serão orientadas (...) pela garantia contratual de capacidade de transporte a terceiros outorgados pela ANTT, garantindo-se o direito de passagem, de tráfego mútuo **e de exploração por operador ferroviário independente**, mediante acesso à infraestrutura

(continua)

¹³ Nas ferrovias operadas em regime privado, cabe ao autorizatório decidir livremente quanto à oferta de capacidade para a realização do transporte por terceiros — o que é inerente ao regime privado da operação (art. 10, par. 1º).

(conclusão)

ferroviária e aos respectivos recursos operacionais do concessionário, garantida a remuneração pela capacidade contratada” (art. 9º, III).

Ao contrário dessas normas, a Lei de Ferrovias agora proposta atribui à discricionariedade do regulador a decisão sobre se uma ferrovia será aberta a competição ou se será entregue como um monopólio ao concessionário — vale notar que a emenda não dá nenhuma indicação de que critérios devem informar essa decisão entre a concorrência e o monopólio.

A ES-CI ignora assim os próprios princípios e diretrizes da política setorial que enuncia em seus arts. 4º e 5º, os quais enfatizam o estímulo à concorrência intermodal e intramodal.

Ponto de atenção 2 – As omissões relativas ao transportador desvinculado da gestão da infraestrutura ferroviária.



A ES-CI indica que a execução de transporte ferroviário de cargas ou de passageiros desvinculado da exploração da infraestrutura depende de inscrição válida em registro a ser instituído pelo regulador ferroviário, na forma da regulamentação (art. 10). Não nomeia, no entanto, o agente a ser registrado.¹⁴

O transportador desvinculado da gestão da infraestrutura ferroviária tampouco aparece no art. 3º da ES-CI, o qual, como destacado no seu Relatório, estabelece definições técnicas e setoriais importantes e indica a “denominação específica quanto aos atores setoriais mais recorrentes tais como o regulador ferroviário, o autorregulador, a operadora ferroviária, o usuário ferroviário e o usuário investidor”. O transportador desvinculado da gestão da infraestrutura ferroviária não aparece, portanto, entre os **atores setoriais mais recorrentes**.

Da mesma forma, não existe na ES-CI menção a direitos e obrigações do transportador desvinculado da gestão da infraestrutura

A ausência de referências ao **transportador desvinculado da gestão da infraestrutura ferroviária** na ES-CI remete, à regulação infralegal, o regramento da natureza, direitos e obrigações do transportador desvinculado da gestão da infraestrutura ferroviária. Esse regramento, aliás, referido ao

(continua)

¹⁴ O transportador desvinculado à gestão da infraestrutura ferroviária está identificado, no entanto, como operador ferroviário independente na Lei 10.233/01 — onde é caracterizado como “a pessoa jurídica detentora de autorização para transporte ferroviário de cargas desvinculado da exploração da infraestrutura” (parag. único do art. 13) — e também na Lei 13.448/17.

(conclusão)

operador ferroviário independente, já existe e foi atualizado recentemente pela Resolução 5.290 da ANTT, de 15 de dezembro de 2020, que substituiu a Resolução 4348/14.

Contudo, é relevante que as diretrizes básicas relativas a esse ator sejam formalizadas no texto da Lei de Ferrovias proposta.

Ponto de atenção 3 – Previsão legal para aplicação dos regimes de concessão e permissão.



A ES-CI estabelece que (i) o transporte ferroviário em regime de direito público, quando executado indiretamente, o será por meio de outorga de **concessão ou de permissão** (art. 7º)¹⁵ e que (ii) o transporte ferroviário em regime privado é exercido mediante outorga de autorização.

Registre-se, no entanto, que a ES-CI não indica em que casos se aplicam a concessão e a permissão. Essa omissão é grave porque seu art. 68 revoga a maioria dos dispositivos dos artigos 13 e 14 da Lei 10.233/01 que estabelecem a natureza das outorgas relativas a diversas modalidades de exploração das ferrovias.¹⁶

4.1 A OUTORGA E EXPLORAÇÃO DE FERROVIAS EM REGIME PÚBLICO

A ES-CI reafirma que o edital de licitação e o contrato de concessão ou permissão devem observar os artigos 18 e 23 da Lei 8.987/95 (Lei das Concessões), a Lei 9.074/95 (complemento à Lei das Concessões) e, como norma geral, a Lei 8.666.93 (Lei das Licitações), bem como a Lei 10.233/01 (que reestrutura os transportes aquaviário e terrestre), em especial seus artigos 28 a 42 (arts. 11, 12 e 13).

15 O transporte ferroviário pode ser também executado diretamente, pela União, Distrito Federal, estados e municípios, mas só o será, no caso da União, quando necessário garantir a segurança e a soberania nacionais, ou em casos de relevante interesse coletivo, sendo nesses casos exercidos por entidades estatais especializadas.

16 São revogados os dispositivos que estabelecem que depende de concessão, o transporte ferroviário de passageiros e cargas associado à exploração da infraestrutura ferroviária; (ii) de permissão, o transporte ferroviário regular de passageiros não associado à infraestrutura; e (iii) de autorização, (iii.a) o transporte ferroviário não regular de passageiros, não associado à exploração da infraestrutura e (iii.b) o transporte ferroviário de cargas não associado à exploração da infraestrutura, por operador ferroviário independente. São mantidos os dispositivos que estabelecem que depende de concessão: (i) a exploração de infraestrutura de transporte público, precedida ou não de obra pública, e de prestação de serviços de transporte associados à exploração da infraestrutura (ii) a exploração das ferrovias que compõem a infraestrutura do Sistema Nacional de Viação.

Além do disposto nesses textos legais, os contratos de concessão devem indicar necessariamente:

- tarifas máximas para a execução dos serviços de transporte e para o acesso à malha ferroviária por terceiros;
- os limites da garantia de capacidade de transporte a terceiros, se houver, mediante contrato de acesso à infraestrutura ferroviária e aos respectivos recursos operacionais, assegurada a remuneração pela capacidade contratada;
- obrigações de realização de investimento para aumento de capacidade instalada ao longo do período do contrato, de forma a reduzir o nível de saturação do trecho ferroviário, assegurado o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, devendo os planos de investimento pactuados prever intervenções obrigatórias, compatíveis com os níveis de capacidade ajustados anualmente para cada ano da vigência;
- previsão de arbitragem em caso de ausência de acordo entre concessionários ou permissionários e usuários quanto à prestação de serviços acessórios de carga, descarga e demais atividades conexas (art. 11).

Registre-se que tais questões, à exceção da primeira, estão ausentes dos contratos de concessão hoje em vigor, bem como da Lei 10.223. Estão, no entanto, incorporadas, de uma forma ou de outra, nas resoluções da ANTT de 2011 e 2014, aqui citadas, e na Lei 13.448/17.

Da mesma forma, a ES-CI alça também a texto legal a figura do usuário investidor, instituído pela Resolução 3.694/11 da ANTT, caracterizando-a como pessoa física ou jurídica que venha a investir no aumento de capacidade de infraestrutura ferroviária **concedida** ou material rodante, com vistas ao transporte em ferrovia que não lhe esteja outorgada.

4.2 A OUTORGA E EXPLORAÇÃO DE FERROVIAS EM REGIME PRIVADO

A ES-CI estabelece que 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).¹⁷ Esse prazo pode ser prorrogado por períodos iguais e sucessivos, desde que a autorizatória manifeste prévio e expresso interesse e esteja com a infraestrutura ferroviária apta a operar (art. 14).

¹⁷ A versão original do PLS não estabelecia prazo de vigência da autorização, que se extinguiria somente por cassação, caducidade, decaimento, renúncia, anulação ou falência.

Ponto de atenção 4 – Definição do prazo da autorização para ferrovias em regime privado.



O Relatório da ES-CI esclarece que, dentro desse limite de duração do contrato de autorização, o prazo será “proposto pelo requerente da autorização, uma vez que é quem detém capacidade e conhecimento para avaliar o período necessário para amortizar os investimentos que se propõe a realizar, bem como porque é a quem cabe assumir os riscos e avaliar a viabilidade do negócio que propõe”, acrescentando que “o estabelecimento de prazo contratual permite melhor avaliação do negócio e traz mais segurança jurídica para o investidor”. (p.11).

Cabe chamar atenção, no entanto, que o texto da emenda não explicita a quem cabe a definição do prazo de duração da autorização. A outorga de autorização compreende sempre a possibilidade de realização de operações de transporte de cargas e de passageiros, exceto quando expressamente disposto em contrário (art. 15)

É garantida ao autorizatário a liberdade de preços, cabendo aos órgãos de defesa da concorrência a repressão a infrações à ordem econômica (art. 8º). A instituição legal de gratuidades ou de descontos somente pode ser realizada por meio de lei que preveja recursos orçamentários específicos para o seu custeio, o que não impede que a operadora ferroviária conceda gratuidades ou descontos conforme sua conveniência (art. 19).

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 ES-CI distingue duas originações possíveis para a outorga de exploração de ferrovias em regime privado: (i) a manifestação de interessado em obter a autorização para essa exploração novas — **novas ferrovias** — e (ii) a iniciativa do Poder Executivo de promover a exploração econômica de trechos ferroviários ociosos por mais de três anos — **ferrovias ociosas** (art. 14).

Novas ferrovias. Ponto de atenção 5 – Critérios para seleção de autorizatário.

O interessado em obter a autorização para exploração econômica de novas ferrovias pode requerê-la diretamente ao órgão regulador a qualquer tempo. O regulador ferroviário deve divulgar o extrato do requerimento, abrindo prazo para manifestação de terceiros interessados em obter autorização na mesma área geográfica de influência. A ES-CI não indica, no entanto, critérios para deliberação no caso de existirem terceiros interessados.

O regulador ferroviário deve avaliar ainda a viabilidade locacional do requerimento com as demais ferrovias implantadas ou outorgadas, cabendo ao requerente, se verificada alguma incompatibilidade locacional, apresentar solução técnica adequada para o conflito identificado (art. 20). Indica, no entanto, que a necessidade de inclusão de acesso ferroviário na faixa de domínio de outra ferrovia não inviabiliza a outorga por autorização (art. 18). A ES-CI enfatiza ainda que nenhuma autorização deve ser negada, salvo por motivo técnico-operacional relevante, devidamente justificado (art. 20, parág. 5º).

No caso das ferrovias ociosas, o Poder Executivo pode, a qualquer tempo, promover a abertura de processo de chamamento público para identificar a existência de interessado na obtenção de autorização para a exploração econômica de trechos ferroviários ociosos por mais de três anos – a ociosidade é caracterizada pela existência de bens reversíveis não explorados ou pelo descumprimento das metas de desempenho definidas em contrato de concessão.¹⁸ Havendo interessado, será providenciada a cisão do trecho ocioso da ferrovia concessionária em favor da nova autorização, formalizada por aditivo ao contrato de concessão, sem prejuízo de eventuais ressarcimentos devidos pela operadora atual, a serem pagos ao termo do seu contrato (art. 21). 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, considerando como critério de julgamento o maior valor de outorga (art. 23).¹⁹

18 O procedimento pode incluir chamamento adicional para suplementação de capacidade dos trechos ferroviários ociosos, devendo cada proponente interessado em contratar essa suplementação apresentar compromisso de contratação fixa de serviços de transporte (*ship or pay*).

19 A versão inicial do PLS estabelecia como critério de julgamento, de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a maior recuperação urbanística e a menor desapropriação. (art. 32)

A ES-CI estabelece as cláusulas essenciais do contrato de autorização de ferrovias, dentre as quais cabe destacar as condições gerais para interconexão e para compartilhamento da infraestrutura ferroviária e o cronograma de implantação dos investimentos previstos. Define também que 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 ou legitimem a imposição unilateral de vontade (art. 24). A autorização pode ser extinta nos casos de advento do termo contratual; cassação; caducidade; decaimento; renúncia; anulação; e falência (arts. 25 a 30). A ES-CI permite que a autorizatária, a seu exclusivo critério, desative trechos ferroviários mediante comunicação ao regulador ferroviário, podendo alienar esses trechos a novo investidor (art. 31).

4.3 REGRAS DE OPERAÇÃO COMUNS AOS REGIMES PÚBLICO E PRIVADO E COMPARTILHAMENTO DA INFRAESTRUTURA FERROVIÁRIA

A operadora ferroviária é a responsável por toda a execução do transporte, pelas operações acessórias a seu cargo, e pela qualidade dos serviços prestados aos usuários, bem como pelos compromissos que assumir no compartilhamento de sua infraestrutura, no transporte multimodal e nos ajustes com os usuários, independentemente se executada diretamente ou mediante contratação com terceiros. O licenciamento dos trens e o controle do tráfego ferroviário para execução do transporte de passageiros ou de cargas deve ser realizado exclusivamente pela operadora ferroviária responsável pela ferrovia, respeitadas as condições operacionais e os critérios de qualidade e de segurança. Compete exclusivamente a essa operadora a contratação de seguros de Responsabilidade Civil Geral e de Riscos Operacionais (art. 32).

A ES-CI estabelece que o compartilhamento de infraestrutura ferroviária deve ocorrer na forma da regulamentação, do acordo comercial entre os interessados e das melhores práticas do setor ferroviário. O acordo deve ser formalizado por contrato, resguardada as possibilidades de arbitragem privada e de denúncia ao órgão regulador ferroviário para a solução de conflitos. Caso a infraestrutura ferroviária seja operada em regime público, o acordo comercial deve atender à garantia de capacidade de transporte a terceiros, definida em contrato (art. 36).

A operadora ferroviária pode, antes de autorizar o tráfego sobre sua malha, inspecionar o material rodante de terceiros, tendo por base padrões técnicos mínimos de manutenção definidos nos contratos de compartilhamento, inclusive recusar ou reparar o material rodante inspecionado. A operadora ferroviária fica responsável pela manutenção do material rodante de terceiros, enquanto não for devolvido ao proprietário. Os custos

de manutenção e reparação devem ser fixados em contrato, resguardadas as possibilidades de arbitragem privada e denúncia ao regulador ferroviário. Os padrões e rotinas de manutenção podem ser fixados pela autorregulação (art. 38).

O valor cobrado pelo compartilhamento da infraestrutura e pelas operações dele decorrentes deve ser objeto de livre negociação entre os interessados, devendo respeitar os tetos tarifários fixados pelo regulador ferroviário, no caso da infraestrutura ferroviária operada em regime público (art. 37).

As operadoras ferroviárias devem informar ao regulador ferroviário a ocupação da capacidade instalada na infraestrutura ferroviária de sua responsabilidade (art.32, parag. 1º).

Ponto de atenção 6 – Tráfego mútuo e direito de passagem.



A interconexão entre as operadoras de transporte ferroviário de cargas, assegurada pelo contrato de concessão, tem sido motivo de conflitos entre as partes, eventualmente arbitrados pela ANTT.²⁰ A principal causa de insatisfação das operadoras visitantes decorre da própria cláusula contratual que “garante o tráfego mútuo ou, no caso de sua impossibilidade, permite o direito de passagem”. A precedência dada ao tráfego mútuo é ressentida pelo operador visitante, por aumentar o custo e o tempo consumido pela operação e por significar maior dependência em relação ao operador visitado. Pelas mesmas razões, o operador visitado dificilmente caracteriza a impossibilidade de tráfego mútuo e permite o direito de passagem.²¹

As operações de direito de passagem e tráfego mútuo foram regulamentadas pela Resolução 3.965/11 da ANTT, que respeita a precedência do tráfego mútuo. A Lei 13.448/17, no entanto, no dispositivo que assegura, na prorrogação dos contratos de concessão, a garantia contratual de capacidade de transporte a terceiros outorgados, acrescenta “garantindo-se o direito de passagem, de tráfego mútuo e de exploração por operador ferroviário independente”, atribuindo agora a precedência ao direito de passagem (art. 9º, III).

A ES-CI não faz nenhuma menção a direito de passagem ou a tráfego mútuo, deixando implícito que a operacionalização do compartilhamento do acesso à malha deverá ser definida em regulamentação infralegal. Registre-se, no entanto, que o dispositivo relativo à inspeção do operador ferroviário do material rodante de terceiros parece se referir basicamente ao tráfego mútuo (art. 38).

20 A previsão de arbitragem pela ANTT não consta do contrato de concessão, tendo sido introduzida por regulamentação posterior ao contrato.

21 Confederação Nacional da Indústria. **Transporte Ferroviário: colocando a competitividade nos trilhos**. Brasília: CNI, 2018, p.20-21.

4.4 OUTRAS QUESTÕES CONTEMPLADAS NO PLS 261

A proposta de Lei de Ferrovias incorpora ainda tópicos contemplados pelo PLS original, que não constam do marco regulatório vigente, relativos à autorregulação ferroviária, a operações urbanísticas e à segurança do trânsito e do transporte ferroviários.

a. Autorregulação ferroviária

O PLS 261 prevê a possibilidade de criação de entidade de autorregulação ferroviária, sob a forma de pessoa jurídica de direito privado. A ES-CI incorpora a iniciativa, mas introduz modificações significativas na formulação original, de modo geral positivas.

Ponto de atenção 7 – Ausência dos transportadores desvinculados da gestão da infraestrutura.



A modificação mais relevante se refere à natureza da entidade, que decorre de sua composição. A ES-CI dispõe que entidade autorregulatória será constituída por operadores ferroviários, prevendo inclusive a adesão de operadoras ferroviárias outorgadas por entes subnacionais (as normas estabelecidas pela entidade não vinculam as empresas não aderentes à autorregulação) (art. 40). A proposta original incluía, como participantes obrigatórios da entidade, representantes dos usuários (passageiros e embarcadores) e da indústria de insumos ferroviários, com participações, com percentuais definidas, na Assembleia Geral e na Diretoria da entidade. Assim, a entidade proposta não constituía propriamente uma entidade de autorregulação, mas sim uma câmara setorial com foco na regulação ferroviária.

Contudo, para que a entidade autorreguladora seja efetivamente representativa dos transportadores ferroviários deve incluir, além dos operadores ferroviários, também, os transportadores desvinculados da gestão da infraestrutura ferroviária, os operadores ferroviários independentes.

As funções de autorregulação da entidade, contempladas na ES-CI, compreendem, entre outras, a instituição de normas voluntárias de padrões exclusivamente técnico-operacionais da execução do transporte ferroviário; a conciliação de conflitos entre seus membros, excetuados os de ordem comercial; a coordenação, planejamento e administração em cooperação do controle operacional das malhas ferroviárias operadas pelos membros

do autorregulador ferroviário; a autorregulação e coordenação da atuação dos seus membros para assegurar neutralidade com relação aos interesses dos usuários²²; e a solicitação ao órgão regulador de revogação e de alteração de normas incompatíveis com a eficiência ou a produtividade ferroviárias (art. 41).²³

A ES-CI inclui vedação ao autorregulador ferroviário da edição de norma ou de especificação técnica que dificulte ou impeça a interconexão por operadora ferroviária não associada, sem motivo justificado (art.41, parag. 1º).



Ponto de atenção 8 – De novo, a ausência dos transportadores desvinculados da gestão da infraestrutura.

Cabe vedar também a edição de norma ou de especificação técnica que dificulte o acesso de operador ferroviário independente não associado.

A ES-CI dispõe que atuação autorregulador ferroviário fica submetido à supervisão do regulador ferroviário, a quem cabe (i) regular a segurança do trânsito e do transporte ferroviário; (ii) resolver as contestações e decidir os conflitos ferroviários; (iii) realizar fiscalizações, por iniciativa própria ou por provocação de terceiros interessados nas ferrovias associadas à autorregulação, quanto a aspectos de segurança. Ressalva, no entanto, que a regulação de temas técnico-operacionais da operação das ferrovias deve ser reservada à autorregulação, constituindo exceção a interferência do regulador ferroviário (art. 43). Indica ainda que as normas ou especificações técnicas que interfiram na competitividade do mercado ou na segurança ferroviária submetem-se ao controle dos órgãos e entidades de defesa da concorrência, que poderá requerer manifestação do regulador ferroviário para subsidiar sua decisão (art. 44).

b. Segurança do trânsito e do transporte ferroviário

O PLS 261 alça a texto legal, ampliando e atualizando, tema atualmente abordado, de forma sumária, no Regulamento dos Transportes Ferroviários, aprovado pelo Decreto 1.832, de 1996. A ES-CI reproduz o texto da versão original, introduzindo modificações pontuais.

²² A versão original acrescentava: “orientando e disciplinando o tráfego mútuo e o direito de passagem de trens de passageiros e cargas e conciliando as questões não resolvidas pelas partes”.

²³ A versão original do PLS incluía ainda “autorregular os procedimentos e as condições para cessão a terceiros de capacidade de tráfego disponível na infraestrutura ferroviária explorada por seus membros”.

c. Operações urbanísticas

O PLS 261 dispõe sobre efeitos da instalação e operação de nova infraestrutura ferroviária em zonas urbanas ou zonas de expansão urbana — tema ausente no marco regulatório em vigor. A ES-CI incorpora esse capítulo do texto original, com algumas alterações.

A ES-CI estabelece que a instalação de nova ferrovia em zonas urbanas ou em zonas de expansão urbana deve observar o disposto no plano diretor municipal e no plano de desenvolvimento urbano integrado (art. 56).

O projeto de implantação de infraestruturas ferroviárias deve compreender projeto urbanístico do entorno, destinado a minimizar possíveis impactos negativos e a propiciar aproveitamento eficiente do solo urbano. Esse projeto urbanístico pode ser elaborado pela operadora ferroviária e deve ser aprovado pelo município, observado, nas regiões metropolitanas e microrregiões, o respectivo regime de governança interfederativa (art. 57).

A execução do projeto urbanístico pode ser delegada à operadora ferroviária por meio de sociedade de propósito específico, que poderá (i) instruir e promover desapropriações e adquirir contratualmente direitos reais não incorporados ao seu patrimônio; (ii) alienar ou explorar comercialmente os imóveis que produzir; e (iii) receber receitas advindas de contribuição de melhoria instituída pelo poder público referente a obras e benfeitorias em infraestruturas públicas que executar mediante delegação (art. 57, parag. 2º).

A operadora ferroviária ou a sociedade de propósito específico vinculada poderá receber delegação específica do poder público para auxiliar operacionalmente na arrecadação de contribuição de melhoria referente a obras que executar (art. 57, parag. 3º).

Visando à maximização dos fatores que contribuam para viabilizar projetos de ferrovias urbanas de interesse público e privado, os Municípios e Estados podem permitir e promover a exploração de bens imóveis de sua titularidade para uso como instalações adjacentes para execução de serviços associados (art. 58).



5 RESUMO E PROPOSTAS DE MODIFICAÇÕES NO TEXTO DA ES-CI



O marco regulatório do transporte ferroviário do país foi estabelecido, quando da privatização da malha ferroviária, pelos editais de licitação e pelos contratos de concessão outorgados. No início da década seguinte, a Lei 10.223/01 definiu a estrutura institucional da regulação, mas, no tocante aos procedimentos e do controle das outorgas, estabeleceu normas gerais, sem tratar, no entanto, das especificidades dos diferentes modais de transporte.

Assim, a operação das malhas privatizadas permaneceu condicionada pelas cláusulas dos contratos de concessão, complementadas por algumas resoluções da ANTT relativas a pontos específicos e por legislação mais recente que autorizou a prorrogação antecipada daqueles contratos (Lei 13.448/17).

O Projeto de Lei do Senado 261/2018 altera esse marco regulatório com um propósito específico — instituir uma nova ordem de ferrovias, construídas ou adquiridas e exploradas pela iniciativa privada em regime de direito privado. Por outro lado, mantém inalterado o marco regulatório vigente aplicável a ferrovias de titularidade pública.

As significativas modificações introduzidas ao longo da tramitação do PLS 261 no Senado resultaram na formulação da Emenda Substitutiva da Comissão de Serviços de Infraestrutura (**ES-CI**), que tem um novo escopo: formular a consolidação do marco legal e regulatório vigente, que inclui a proposta original relativa às ferrovias privadas — configurando assim uma **Lei das Ferrovias**.

Essa iniciativa é bem-vinda — e, inclusive, tempestiva em um momento em que estão em negociação as prorrogações antecipadas dos contratos de concessão da malha federal previstas pela Lei 13.448/17.

A Lei de Ferrovias proposta eleva a texto legal várias questões e iniciativas contempladas em normas infralegais na década passada, visando superar problemas da operação da malha ferroviária decorrentes da regulação implícita nos contratos de concessão. Dentre esses problemas, destaque-se: (i) a inexistência de qualquer concorrência intramodal nos mercados monopolistas configurados no processo de privatização; (ii) o reduzido volume de investimento realizado pelas concessionárias; e (iii) a existência de trechos da malha concedida não explorados, deteriorando por falta de manutenção.

No tocante aos trechos da malha concedida não explorados, a ECS-CI estabelece procedimentos para a disponibilização de trechos ferroviários ociosos por mais de três anos à investidores privados que queiram explorá-las no regime de ferrovias privadas.

Em relação ao investimento realizado pelas concessionárias, a ES-CI consolida como texto legal dispositivos previstos em regulação infralegal:

- a exigência de cláusulas nos contratos de concessão que especifiquem obrigações de realização de investimento para aumento de capacidade instalada ao longo do período do contrato, de forma a reduzir o nível de saturação do trecho ferroviário, prevendo inclusive intervenções obrigatórias, compatíveis com os níveis de capacidade ajustados anualmente para cada ano da vigência; e
- a instituição do usuário investidor, caracterizado como pessoa física ou jurídica que venha a investir no aumento de capacidade de infraestrutura ferroviária concedida ou material rodante, com vistas ao transporte em ferrovia que não lhe esteja outorgada.

Por fim, **sobre à concorrência intramodal na malha ferroviária**, a ES-CI:

- abandona explicitamente o monopólio regional implícito nas concessões ferroviárias outorgadas na década de noventa, ao estabelecer que a outorga de determinada ferrovia, em regime público ou privado, não impede a outorga de outras ferrovias, ainda que compartilhem os mesmos pares de origem e destino ou a mesma região geográfica; e
- admite duas modalidades de transportador ferroviário, (i) o transportador vinculado à gestão da infraestrutura ferroviária, e (ii) o transportador desvinculado da gestão da infraestrutura ferroviária, incorporando assim ao marco legal das ferrovias operadas em regime público o “modelo de ferrovia operada por concessionário verticalmente integrado com acesso de operadores independentes à malha concedida”.

No entanto, o significado dessas alterações relativas à concorrência, como formuladas na ES-CI, merece qualificações significativas.

A afirmação da possibilidade de outorga de nova concessão ou autorização ainda que a nova ferrovia compartilhe os mesmos pares de origem e destino ou a mesma região geográfica com ferrovia já existente é certamente necessária e importante. Contudo, cabe reconhecer que a possibilidade de ocorrência desse evento, no tocante às redes mais significativas, é remota.

Por outro lado, o “modelo de ferrovia operada por concessionário verticalmente integrado com acesso de operadores independentes à malha concedida” é incorporado à ES-CI como apenas como uma possibilidade. De fato, cabe ao regulador ferroviário decidir, previamente à licitação, acerca da obrigatoriedade de oferta de capacidade a terceiros, devendo estabelecer no contrato de concessão a capacidade mínima a ser disponibilizada a terceiros.

Vale notar que, nos debates sobre a regulação ferroviária desenvolvidos ao longo da última década, se consolidou a ideia de que o acesso de operadores independentes à infraestrutura ferroviária constitui um fator decisivo para concretizar algum grau de concorrência intramodal na prestação de serviços de transporte ferroviário. Em decorrência, essa orientação se refletiu na regulação infralegal, dentro de seus limites, e, sobretudo, na Lei 13.448/17 que dispõe sobre a prorrogação antecipada dos contratos de concessão no setor ferroviário.

Assim, a Lei de Ferrovias agora proposta representa um retrocesso em relação àqueles atos, uma vez que atribui à discricionariedade do regulador a decisão sobre se uma ferrovia será aberta a competição ou se será entregue como um monopólio ao concessionário — vale notar que a emenda não dá nenhuma indicação de que critérios devem informar essa decisão entre a concorrência e o monopólio. A lei proposta ignora assim os próprios princípios e diretrizes da política setorial que enuncia, os quais enfatizam o estímulo à concorrência intermodal e intramodal.

É indicativo da posição secundária que a proposta de Lei de Ferrovias atribui ao “modelo com acesso de operadores independentes à malha concedida” a pouca atenção que confere ao ator que caracteriza esse modelo — o “transportador desvinculado da gestão da infraestrutura ferroviária”, identificado como “operador ferroviário independente” na Lei 10.233/01 e na Lei 13.448/17.

De fato, já no capítulo inicial que estabelece definições técnicas e setoriais importantes e indica a “denominação específica quanto aos **atores setoriais mais recorrentes** tais como o regulador ferroviário, o autorregulador, a operadora ferroviária, o usuário ferroviário e

o usuário investidor”, o transportador desvinculado à gestão da infraestrutura ferroviária não aparece.

De resto, além da referência implícita na disposição de que a execução de transporte ferroviário de cargas ou de passageiros desvinculado da exploração da infraestrutura depende de inscrição válida em registro a ser instituído pelo regulador ferroviário, não há no texto da ES-CI nenhuma menção à natureza, direitos e obrigações do transportador desvinculado à gestão da infraestrutura ferroviária.

Essa ausência remete o regramento de sua natureza, direitos e obrigações à regulação infralegal. Esse regramento, aliás, referido ao operador ferroviário independente, já existe e foi atualizado pela recente Resolução 5.290 da ANTT, de dezembro de 2020. Contudo, é relevante que as diretrizes básicas relativas a esse ator sejam formalizadas no texto da Lei de Ferrovias proposta.

As considerações apresentadas até aqui sugerem que se contemple as modificações redação da ES-CI indicadas a seguir.

Proposta 1 - Garantir a oferta de capacidade à terceiros nos contratos de concessão

- **Revogar o parag. 2º do art. 9º**

§ 2º No regime público, cabe ao regulador ferroviário decidir, previamente à licitação, acerca da obrigatoriedade de oferta de capacidade a terceiros.

- **Alterar a redação do inciso II do art. 11**, que estabelece as cláusulas obrigatórias do contrato de concessão, para eliminar a expressão “se houver”

“II - os limites da garantia de capacidade de transporte a terceiros, *se houver*, mediante contrato de acesso à infraestrutura ferroviária e aos respectivos recursos operacionais, assegurada a remuneração pela capacidade contratada.”

Proposta 2 – Incorporar o operador ferroviário independente ao texto legal

- **Incluir no art. 3º**, a seguinte definição, proveniente da Resolução 5.920/20 da ANTT no qual se substitui “autorizada **pela** ANTT” por “*registrada junto ao regulador ferroviário*” e se acrescenta “*e passageiros*”, como indicado no art. 10, caput da ES-CI.
- **“XXV - operador ferroviário independente: pessoa jurídica registrada junto ao regulador ferroviário, para prestar o serviço de transporte ferroviário de cargas não associado à exploração de infraestrutura ferroviária, para si ou para terceiros.”**
- **Inserir artigos** que estabeleçam diretrizes básicas relativas à natureza, direitos e obrigações do transportador desvinculado da gestão da infraestrutura ferroviária.

A proposta de Lei de Ferrovias incorpora ainda tópicos contemplados pelo PLS original, que não constam do marco regulatório vigente, relativos:

- **à autorregulação ferroviária**, que prevê a possibilidade de criação de entidade de autorregulação ferroviária, sob a forma de pessoa jurídica de direito privado; e
- **a operações urbanísticas**, que dispõe sobre efeitos da instalação e operação de nova infraestrutura ferroviária em zonas urbanas ou zonas de expansão urbana.

Além disso, a lei proposta eleva a nível legal a regulação da segurança do trânsito e do transporte ferroviários, assunto atualmente abordado no Regulamento dos Transportes Ferroviários, aprovado por decreto de 1996.

O texto aqui sumariado destaca os principais aspectos do marco regulatório delineado pela Lei de Ferrovias proposta, indicando as diferenças com o marco vigente.

Aponta ainda outros pontos do texto legal que suscitam dúvidas ou exigem correções — tais pontos dizem respeito à previsão legal para aplicação dos regimes de concessão e permissão; definição do prazo da autorização para ferrovias em regime privado; critérios para seleção de autorizatário; tráfego mútuo e direito de passagem; e composição da agência de autorregulação.

Essas dúvidas e imprecisões sugerem que se contemple as modificações redação da ES-CI indicadas a seguir.

Proposta 3 – Incluir previsão legal para aplicação do regime de permissão

- **Inserir dispositivos** que explicitem situações que correspondem a permissão ou, se for o caso, excluir a referência a essa modalidade do texto legal.

Proposta 4 – Corrigir omissões relativas à seleção e ao contrato de autorizatários da exploração de ferrovias privadas

- **Alterar a redação do parag. 1º do art. 14**
§ 1º O prazo do contrato de que trata o *caput* deve ter duração de 25 a 99 anos, cabendo à operadora ferroviária requerente ou selecionada mediante chamamento público propor, dentro desses limites, o prazo contratual.
- **Inserir, no parag. 2º do art. 20**, critérios para deliberação no caso de existirem terceiros interessados em proposta de exploração de novas ferrovias em regime privado.

Proposta 5 – Adequar o texto sobre a autorregulação ferroviária

- **Alterar a redação do caput do art. 40**, que dispõe sobre a constituição da entidade autorregulatória, para incluir os operadores ferroviários independentes.

“Art. 40. As operadoras ferroviárias *e os operadores ferroviários independentes* podem se associar voluntariamente sob a forma de pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, para promover a autorregulação, nos termos de seu estatuto, desta Lei e de sua regulamentação.”

- **Alterar a redação do parag. único do art. 42**, que dispõe sobre a composição da diretoria da entidade autorregulatória, para incluir representante dos operadores ferroviários independentes

“Parág. único. Os diretores devem ser escolhidos entre os representantes das operadoras ferroviárias *e dos operadores ferroviários independentes* associadas, com experiência técnico-operacional em ferrovias e com notório conhecimento das melhores práticas do setor ferroviário.”

- **Alterar a redação do parag. 1º do art. 41**

“§ 1º. É vedada ao autorregulador ferroviário a edição de norma ou de especificação técnica que dificulte ou impeça a interconexão por operadora ferroviária não associada *e o acesso de operador ferroviário independente não associado*, sem motivo justificado.”

Destaque-se, por fim, que a nova lei requererá para sua implementação a elaboração de inúmeros atos infralegais (em muitos casos, a revisão de resoluções já existentes) que detalhem as disposições do texto legal.

É importante que a ANTT seja diligente e eficiente na execução dessa tarefa. Em particular, porque é necessário que se consolide a revisão do marco regulatório vigente previamente à formalização da renovação antecipada dos contratos de concessão autorizados pela Lei 13.448/17, de modo a assegurar que sejam observadas nesses contratos as diretrizes e os limites definidos pela nova Lei das Ferrovias e por sua regulamentação. As negociações para renovação desses contratos estão em curso. Os novos contratos, no entanto, não devem ser firmados antes que se estabeleça o novo marco regulatório, sob risco de que — ao se repetir a experiência da década de noventa, agora por pura desídia — a operação da malha ferroviária do país continue a ser regulada por cláusulas contratuais que não refletem o marco legal do país.

CNI

Robson Braga de Andrade
Presidente

DIRETORIA DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS – DRI

Monica Messenberg Guimarães
Diretora de Relações Institucionais

Gerência Executiva de Infraestrutura – GEINFRA

Wagner Ferreira Cardoso
Gerente-Executivo de Infraestrutura

Matheus Braga de Castro
Equipe Técnica

DIRETORIA DE COMUNICAÇÃO – DIRCOM

Ana Maria Curado Matta
Diretora de Comunicação

Gerência de Publicidade e Propaganda

Armando Uema
Gerente de Publicidade e Propaganda

Katia Rocha
Coordenadora de Gestão Editorial

André Augusto Dias
Produção Editorial

DIRETORIA DE SERVIÇOS CORPORATIVOS – DSC

Fernando Augusto Trivellato
Diretor de Serviços Corporativos

Superintendência de Administração – SUPAD

Maurício Vasconcelos de Carvalho
Superintendente Administrativo

Alberto Nemoto Yamaguti
Normalização

Eduardo Augusto Guimarães
Consultor

Editorar Multimídia
Projeto Gráfico e Diagramação

 www.cni.com.br

 [/cnibrasil](https://www.facebook.com/cnibrasil)

 [@CNI_br](https://twitter.com/CNI_br)

 [@cnibr](https://www.instagram.com/cnibr)

 [/cniweb](https://www.youtube.com/c/cniweb)

 [company/cni-brasil](https://www.linkedin.com/company/cni-brasil)



Confederação Nacional da Indústria
PELO FUTURO DA INDÚSTRIA