

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação em Direito da Regulação

Celso Yuiti Katahira

**OS LIMITES DA REGULAÇÃO NO SETOR DE TRANSPORTE
FERROVIÁRIO BRASILEIRO**

Brasília/DF

2013

Celso Yuiti Katahira

**OS LIMITES DA REGULAÇÃO NO SETOR DE TRANSPORTE
FERROVIÁRIO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito da Regulação, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Carlos Fernando do Nascimento

Brasília/DF

2013

Celso Yuiti Katahira

**OS LIMITES DA REGULAÇÃO NO SETOR DE TRANSPORTE
FERROVIÁRIO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito da Regulação, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Carlos Fernando do Nascimento

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ___/___/___, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

A reforma do Estado brasileiro nos anos 90, seguindo uma tendência internacional de mudança do perfil do Estado, de empreendedor e provedor de serviços públicos para *regulador das atividades econômicas*, levou à desestatização da maioria das empresas estatais e ao surgimento das agências reguladoras. No setor ferroviário, as primeiras licitações de concessão foram promovidas a partir de 1996. Em 2001 foi criada a ANTT, instituída por lei como autarquia de regime especial, com a finalidade de fiscalizar e regular os serviços públicos de transportes terrestres. As agências reguladoras gozam de autonomia e poderes típicos de Estado, tais como poder normativo, poder de polícia e poder sancionador e, portanto, devem ser definidos limites de sua atuação para o devido uso de tais prerrogativas. Insere-se neste contexto a discussão da nova modelagem de concessões ferroviárias, assim como a necessária convergência da atuação da ANTT e das estatais VALEC – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. e a recém-criada EPL – Empresa de Planejamento e Logística S.A.

Palavras-chave: regulação; agências reguladoras; transporte ferroviário; Poder normativo; Poder de polícia; controle.

ABSTRACT

The reform of the Brazilian state in the 90's, following an international trend of change in the profile of the state, by entrepreneur and public service provider to regulator of economic activity, led to the destatization of most state-owned enterprises and the emergence of the regulatory agencies. In the railway sector the first few concession biddings were performed from 1996. In 2001 the ANTT was created, instituted by law as independent regulatory agency, for the purpose of supervise and regulate land transportation public services. Regulatory agencies enjoy autonomy and powers typical of state, such as normative power, police power and authority to impose penalties and, therefore, must be defined limits to its action to the proper use of such powers. The discussion of the new railway concessions modeling is introduced in this context, as well as the necessary convergence of actions of the ANTT and the state companies VALEC – *Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.* and the recently created EPL – *Empresa de Planejamento e Logística S.A.*

Key words: regulation; regulatory agencies; railway transportation; normative Power; police Power; control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	9
1.1 Conceito de Serviço Público	9
1.2 Conceito de Regulação	10
1.3 Regulação e Regulamentação	13
1.4 As Agências Reguladoras	15
2. O TRANSPORTE FERROVIÁRIO NO BRASIL	18
2.1 O Processo de Desestatização do Transporte Ferroviário	18
2.2 Panorama Atual	21
2.3 As Ferrovias Previstas e em Construção	25
2.4 Ambiente Regulatório	26
2.5 Lacunas Regulatórias: Perspectivas e anseios do mercado quanto a novas resoluções	32
3. LIMITES DA REGULAÇÃO NO SETOR FERROVIÁRIO	34
3.1 Competências da ANTT no transporte ferroviário de cargas	34
3.2 O Poder Normativo	38
3.3 O Poder de Polícia e a atividade fiscalizatória	40
3.4 O Poder-Dever Sancionador	44
3.5 Controle da Atuação das Agências	47
3.5.1 Controle do Executivo	47
3.5.2 Controle Legislativo	49
3.5.3 Controle Judiciário	50
3.6 Atuação da ANTT, da VALEC e da EPL no Novo Modelo de Concessões de Ferrovias	52
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto principal investigar a amplitude e os limites da regulação exercida pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT no transporte ferroviário de cargas no Brasil.

Este tema se mostra de alta relevância tendo em vista a necessidade do país de grandes investimentos em infraestrutura para aumentar a competitividade das empresas nacionais tanto no mercado interno como externo. Recentemente, o Governo Federal anunciou Programa de Investimentos em Logística ou “PAC das Concessões”, que prevê a concessão à iniciativa privada de aproximadamente 7,5 mil quilômetros de rodovias e 10 mil quilômetros de ferrovias federais.

Um ambiente regulatório seguro traz benefícios tanto na atração de investimentos privados, quanto na redução das tarifas, na qualidade da prestação dos serviços aos usuários das ferrovias e para a sociedade em geral que é beneficiada com o crescimento da economia.

A aprovação da Lei nº 8.987, de fevereiro de 1995 (Lei das Concessões), e a criação de agências reguladoras, a partir de 1996, fizeram parte das ações do governo federal para dar maior segurança aos investimentos vultosos e de longo prazo característicos das concessões de infraestrutura.

As agências reguladoras federais foram estruturadas em forma de autarquias de regime especial para terem autonomia financeira e funcional, e foram revestidas de poderes típicos de Estado. Tais prerrogativas devem ser analisadas para a definição de seus limites e abrangência, de modo pautar as ações dos agentes públicos e tornar mais claro à sociedade os objetivos e limites de atuação dessas agências. Este é, pois, o objetivo deste trabalho. Apesar de concentrar-se no setor ferroviário, é possível a aplicação do presente estudo nos demais setores de serviços públicos concedidos.

A criação da nova estatal EPL – Empresa de Planejamento e Logística S.A., em dezembro de 2012, a definição de novas funções à VALEC – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., dentre outras questões, têm gerado discussões sobre o papel de cada um dos entes federais na condução das concessões ferroviárias no

Brasil. Neste sentido, o presente estudo pretende também examinar as interfaces destas instituições com a ANTT na regulação do transporte ferroviário.

Este trabalho monográfico está estruturado da seguinte forma:

No primeiro capítulo é apresentada uma revisão teórica a respeito da regulação dos serviços públicos e das agências reguladoras.

O transporte ferroviário no Brasil é objeto do capítulo 2, que terá como tópicos principais o processo de desestatização do transporte ferroviário, o panorama atual, as ferrovias previstas e em construção, e o ambiente regulatório do setor.

Na seqüência, o capítulo 3 enfoca a abrangência da regulação no transporte ferroviário de cargas e os limites das funções normativas, fiscalizatórias e sancionatórias, bem como o novo modelo de concessões ferroviárias.

Por fim, a conclusão sobre os limites da Agência na regulação do setor de transporte ferroviário e sua atuação no novo modelo de concessões.

1. REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

1.1 Conceito de Serviço Público

Em razão do tema tratado no presente estudo, é importante destacar que o serviço de transporte ferroviário é serviço público, pois consiste em atividade de competência do Estado, conforme estabelece a Constituição Federal brasileira em seu art. 21, XII, “d”:

Art. 21. **Compete à União:**

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

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

Implícita no dispositivo constitucional citado acima está a ideia de que o serviço público pode ser realizado diretamente pelo Estado, ou indiretamente, mediante autorização, permissão ou concessão.

Serviço público, conforme ensinamento de Marcos Juruena Villela Souto, é “a atividade cuja realização é assegurada, regulada e controlada pelo Estado em face de sua essencialidade ao desenvolvimento da sociedade, exigindo, pois, uma supremacia na sua disciplina”.¹

Dinorá Grotti² identifica três elementos contidos na definição clássica do conceito em praticamente todos doutrinadores:

- 1) O subjetivo, que considera a pessoa jurídica prestadora da atividade – o Estado.
- 2) O material, que considera a atividade exercida – aquela que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas; e
- 3) O formal, que considera o regime jurídico – exercido sob regime de Direito Público.

Os principais princípios do serviço público são citados no art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987³, de 13 de fevereiro de 1995 (“Lei das Concessões”), que assim define o

¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 9.

² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação*. in: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.42.

serviço adequado: “é o que satisfaz as condições de **regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia** na sua prestação e **modicidade** das tarifas”.

Conforme Hely Lopes Meirelles⁴ são cinco os princípios do serviço público:

- a) Princípio da permanência: corresponde ao princípio da **continuidade**; O princípio da **regularidade** pode ser entendido como consequência desse.
- b) Princípio da **generalidade**: é manifestação do princípio da igualdade.
- c) Princípio da eficiência: exige a **atualidade** do serviço (princípio da mutabilidade ou da adaptação constante).
- d) Princípio da **modicidade**: exige tarifas razoáveis.
- e) Princípio da **cortesia**: traduz-se em bom acolhimento ao público.

1.2 Conceito de Regulação

Uma questão fundamental para o estudo em desenvolvimento é a conceituação do termo regulação.

A Constituição Federal brasileira expressa, em seu art. 174, a noção de regulação: “Art. 74. Como agente normativo e **regulador** da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as **funções de fiscalização, incentivo e planejamento**, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” (grifou-se)

Na leitura deste dispositivo nota-se que a Constituição determina certas funções ao Estado: fiscalização, incentivo e planejamento, sendo estas atribuições próprias de agente normativo e regulador da atividade econômica.

A doutrina trata o conceito da regulação sob diferentes prismas. Inicialmente, deve-se distinguir a regulação das outras formas do Estado intervir na economia.

Alexandre dos Santos Aragão identifica que “do conceito de *regulação* está excluída “a atividade direta do Estado como produtor de bens e serviços e como fomentador das atividades econômicas privadas, que, junto com a regulação

³ Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. *Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.*

⁴ *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 289.

constituem espécies do *gênero da intervenção do Estado na Economia*".⁵ (grifos do próprio autor)

Assim, a primeira conclusão é que a regulação é uma **forma indireta de intervenção do Estado**.

É nesse sentido, a visão de Carlos Ari Sundfeld:

A regulação é - isso, sim - característica de certo modelo econômico, aquele que o Estado não assume diretamente o exercício de atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade.⁶

Para Vital Moreira, há três concepções quanto à amplitude do conceito de regulação:

- a) em sentido amplo, é toda a forma de intervenção do estado na economia, independente dos seus instrumentos de fins;
- b) num sentido menos abrangente, é a intervenção estadual na economia por outras formas que não a participação direta na atividade econômica, equivalendo, portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada;
- c) num sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da atividade econômica privada (por via de lei outro instrumento normativo).⁷

Calixto Salomão Filho define regulação como toda forma de organização da atividade econômica por meio do Estado, seja a intervenção por meio da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia.⁸

Marçal Justen Filho também apresenta sua definição de regulação:

Defende-se, por isso, a concepção de ser a regulação um conjunto ordenado de políticas públicas, que busca a realização de valores econômicos e não econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para a coletividade em seu conjunto. Essas políticas envolvem a adoção de medidas de cunho legislativo e de natureza administrativa, destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e a reprimir tendências individuais e coletivas

⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Regulação da Economia: Conceito e Características Contemporâneas*. in: CARDOSO, QUEIROZ e SANTOS (Orgs.). Curso de Direito Administrativo Econômico, Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 417.

⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Serviços Públicos e Regulação Estatal*. in: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 23.

⁷ MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação profissional e a Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 31.

incompatíveis com a realização dos valores prezados. As políticas regulatórias envolvem inclusive a aplicação jurisdicional do Direito.⁹

Maria Sílvia Zanella Di Pietro¹⁰ apresenta dois conceitos de regulação. O primeiro é o de Regulação Econômica: conjunto de regras de conduta e de controle da atividade privada do Estado, com a finalidade de estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado.

O segundo conceito, mais amplo, é o de Regulação no âmbito jurídico: conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público.

Após estudar diversos conceitos sobre regulação, Alexandre Santos de Aragão chega ao seu conceito de regulação estatal da economia:

Conjunto de medidas legislativa, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direção socialmente desejáveis.¹¹

Por fim, cita-se Marcus Juruena Villela Souto¹² que enfatiza o caráter técnico da regulação:

A função de executar a vontade da lei – administrar – tem nela implícitas as funções tradicionais do administrador, quais sejam, a normativa, a hierárquica, a sancionatória e a discricionária. O que se pretende neste estudo é sistematizar a **função regulatória**, que incorpora cada uma dessas, delas se distinguindo por ser **orientada por critérios técnicos e não políticos**. (grifou-se)

Diante das várias acepções da doutrina, chega-se à síntese das principais ideias a respeito do conceito da regulação:

- i. Regulação é uma **forma indireta de intervenção do Estado**.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito da Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, São Paulo, p. 40.

¹⁰ *Limites da Função Regulatória das Agências diante do Princípio da Legalidade*. in: DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório - Temas Polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 21-22.

¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Regulação da Economia: Conceito e Características Contemporâneas*. in: CARDOSO, QUEIROZ e SANTOS (Orgs.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*, Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 431.

¹² *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*. 3. ed. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2000, p. 249.

- ii. A intervenção **pode realizada por meio de instrumentos de autoridade** (poder de polícia), **por instrumentos normativos, ou por meio do condicionamento, disciplina e coordenação**.
- iii. O conceito amplo de regulação, segundo Vital Moreira, admite a participação direta do Estado na atividade econômica.
- iv. Regulação envolve a adoção de **medidas de natureza legislativa, administrativa e até mesmo judiciais**.
- v. A regulação visa **proteger o interesse público e orientar os agentes econômicos em direção desejada pelo Estado**, restringindo a liberdade privada, induzindo, determinando, controlando, ou influenciando seu comportamento.
- vi. A regulação **incorpora funções tradicionais da Administração**, como a normativa, a hierárquica, a sancionatória e a discricionária.
- vii. A regulação é **orientada por critérios técnicos**, e não políticos.

1.3 Regulação e Regulamentação

A tradução da palavra em inglês “*regulation*” e a adaptação de conceitos surgidos nos EUA geraram certa confusão e até utilização incorreta do termo.

Angel Manoel Moreno Molina observa que

a tradução do termo ‘regulação’ é bastante problemática. Regulação se traduz usualmente por ‘regulamentação’, ‘regulamento’, ‘regulação’ e ‘regra’. Há, portanto, uma assimilação de *regulation* a ‘regulação normativa’, ou seja, a produção de normas de caráter regulamentar. (...). No sistema norte-americano o termo *regulation* tem duas acepções distintas, uma mais restrita que outra. Em sentido amplo, *regulation* equivale a toda as atividades dos Poderes Públicos de organização e configuração da realidade social. Em sentido estrito, todavia, *regulation* consiste na determinação do regime jurídico de uma atividade econômica. (...). *Regulation* é o uso desse poder que tem por finalidade limitar as decisões dos agentes econômicos.¹³

Regulação diz respeito a todo tipo de intervenção do Estado na atividade econômica pública e privada, ora para controlar e orientar o mercado, ora para

¹³ MOLINA, Angel Manuel Moreno. *La Administración por Agencias em lós Estados Unidos de Norte América*. Madri, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial Del Estado, 1995. *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da Economia: Conceito e Características Contemporâneas. *in*: CARDOSO, QUEIROZ e SANTOS (Orgs.). Curso de Direito Administrativo Econômico, Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 423.

proteger o interesse público, valendo-se para isto de seu poder de estabelecer regulamentos.

Regulamentação é ato de *regulamentar*, de expedir *regulamentos*.

No ordenamento jurídico brasileiro, o poder regulamentar, conforme a Constituição Federal, em seu art. 84, inciso IV, é de competência privativa do Chefe do Executivo "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução".

É importante destacar também a distinção entre poder regulamentar e poder normativo.

O poder normativo confere à Administração Pública a possibilidade de editar atos normativos tais como portarias, circulares, deliberações, instruções, regulamentos, etc., de modo a complementar e dar operacionalidade às leis, sem, contudo, alterar ou modificar seu entendimento.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece que o poder regulamentar é "uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo", e define como "o que cabe ao chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução".¹⁴

Portanto, poder regulamentar constitui-se de espécie do poder normativo. É nesse sentido o ensinamento da professora Irene Patrícia Nohara:

O poder normativo engloba o poder regulamentar, mas não se esgota nele, pois, além do decreto regulamentar, há outras formas de expressão de sua competência normativa, tais como resoluções, portarias, deliberações, instruções etc. **Todavia, os efeitos destes últimos atos, diferente do regulamento, se restringem ao âmbito de atuação do órgão que os expede.** Além do alcance mais limitado, estes atos normativos não são editados pelo chefe do Poder Executivo.¹⁵ (grifou-se)

Di Pietro destaca ainda que há dois tipos de regulamentos: o **regulamento executivo** e o **regulamento independente ou autônomo**. O primeiro possui a função de complementar a lei e justamente por isso não pode realizar determinações *contra legem* ou *ultra legem*, ou seja, não há inovação na ordem jurídica. Já o regulamento autônomo ou independente inova na ordem jurídica, pois estabelece normas sobre matérias não disciplinadas em lei.¹⁶

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 90.

¹⁵ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 33.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., 2010, p. 90-91.

1.4 As Agências Reguladoras

O modelo de agências reguladoras estatais independentes tem origem nas ferrovias norte-americanas.

Em torno de 1860, a ferrovia era o setor econômico mais poderoso dos EUA. O acelerado crescimento das estradas de ferro chegou a tal ponto que o historiador e professor Thomas McKraw afirmou: “As ferrovias influenciaram a sociedade americana no final do século dezenove do modo como apenas a televisão o fez no final do século vinte – ou a Igreja Católica Romana tinha influenciado a vida na Europa Medieval”¹⁷.

A dependência dos demais setores econômicos aliadas à cartelização e prática de tarifas abusivas, o poderoso *lobby* das empresas ferroviárias nas eleições estaduais, dentre outros fatores sociais e políticos, fizeram surgir as chamadas comissões em alguns estados: Rhode Island (1839), New Hampshire (1844), Connecticut (1853) e Massachussets (1869). Cada uma das comissões era criada com poderes mais efetivos que as antecessoras. Porém, as comissões estaduais não lograram êxito na fixação de tarifas dada a incapacidade de regular conglomerados nacionais, além de se defrontarem com o fortalecimento do governo federal após Guerra da Secessão.

É neste cenário que o Congresso dos EUA aprovou em 1887 a criação da primeira agência regulatória federal, a “*Interstate Commerce Commission*” (ICC), com o propósito original de coibir abusos derivados do poder econômico e de mercado dos transportadores ferroviários, garantindo tarifas mais justas aos comerciantes.

Iniciou-se assim a instituição de uma série de agências de diversas espécies: reguladoras (*regulatory agency*), não reguladoras (*non regulatory agency*), executivas (*executive agency*) e independentes (*independent regulatory agency or commission*).¹⁸

Somente depois de mais de um século é que foram criadas as primeiras Agências Reguladoras no Brasil, inspiradas principalmente no modelo americano e francês.

¹⁷ MACKRAW, Thomas K. *Prophets of Regulation*. Cambridge. The Belknap Press of Harvard University Press, 1984. *apud* JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 73.

¹⁸ Cf. CARBONELL, Eloisa; MUGA, José Luis. *Agencias y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América*. Madri: Marcial Pons, 1996. *apud* MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 23.

Na França, porém, as suas autoridades administrativas independentes (AAI), apresentam duas interessantes divergências em relação ao modelo norte-americano: não possuem personalidade jurídica própria, e a garantia principal de independência está na consciência social em relação à necessidade de preservá-la quanto ao modelo de Administração Pública¹⁹.

No Brasil, as agências reguladoras federais foram criadas, por lei, como **autarquias de regime especial**, integrantes da administração indireta, vinculadas ao Ministério da área pertinente, porém, sem ser a este subordinado.

Outras características são: caracterizado pela independência administrativa, autonomia financeira e funcional, diretores com mandato fixo (não podem ser demitidos *ad nutum*).

Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰ classifica as agências reguladoras federais da seguinte forma, segundo a finalidade básica:

- a) regulação e fiscalização de serviços públicos propriamente ditos (ANEEL, ANATEL, ANTT, ANTAQ, ANAC);
- b) fomento e fiscalização de atividade privada (ANCINE).
- c) regulação e fiscalização de atividades econômicas integrantes da indústria de petróleo (ANP);
- d) regulação e fiscalização de atividades que o Estado também protagoniza, mas que são facultadas aos por particulares (ANVISA e ANS); e
- e) regulação e fiscalização do uso de bem público (ANA);

Estes entes da Administração Pública possuem competência para fiscalizar a atuação dos agentes no mercado, aplicar penalidades e inclusive fixar regras para a execução das atividades por meio de instruções normativas, resoluções, portarias, etc.

Carlos Ari Sundfeld²¹ elucida que o Poder Público desfruta de poderes de autoridade, inexistentes nas relações privadas e identifica quatro competências da Administração. São as competências para:

- a) Impor condicionamentos;²²

¹⁹ Cf. LIMBERGER, Têmis. Agências administrativas independentes no direito comparado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 51, p. 223-248, jul-set. 2004, p. 227.

²⁰ *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 170-171

²¹ *Direito Administrativo Ordenador*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 73-75

- b) Fiscalizar;
- c) Reprimir a inobservância dos condicionamentos, em especial por meio de sanções; e
- f) Executar (no sentido de executar materialmente seus atos, constringendo os particulares à obediência, sem prévio recurso ao Judiciário).

As Agências Reguladoras também são dotadas destes poderes de autoridade, típicos do Poder Público:

- a) Impor condicionamentos: constitui o desempenho da função normativa pelas Agências;
- b) Fiscalizar: atribuição típica das Agências;
- c) Reprimir: constitui na aplicação das penalidades quando da inobservância dos condicionamentos previstos em lei ou nos contratos de concessão; e
- d) Executar: os servidores das Agências têm a faculdade de executar medidas, atos de polícia, nos casos em que usuários possam ser prejudicados ou em qualquer outra situação que entendam ser necessário, dentro dos limites da lei. Por exemplo, a interdição de estabelecimentos, a apreensão de produtos, etc.

Por conta de sua independência e uma ostensiva delegação de poderes é que se diz que as Agências Reguladoras possuem poderes “quase-legislativos” (podem expedir normas regulatórias) e poderes “quase-jurisdicionais” (podem mediar e arbitrar conflitos entre concessionária e usuário ou entre concessionárias).

Contudo, tal independência é importante, tendo em vista que as decisões das agências devem ser imparciais, livre de pressões políticas ou do mercado regulado.

²² Segundo Sundfeld, a imposição de condicionamento pela Administração pode resultar de atos abstratos ou concretos. Atos Administrativos abstratos são aqueles que prevêm reiteradas e infinitas aplicações, as quais se repetem cada vez que ocorra a reprodução da hipótese neles prevista, alcançando um número indeterminado e indeterminável número de destinatários. Atos Administrativos concretos são os que esgotam com uma única aplicação, em situação concreta, não permanente.

2. O TRANSPORTE FERROVIÁRIO NO BRASIL

2.1 O Processo de Desestatização do Transporte Ferroviário

Para melhor compreensão do processo de desestatização do transporte ferroviário no Brasil é necessário conhecer alguns dos fatos mais importantes da história das ferrovias no território nacional.

A primeira ferrovia no Brasil data de 1854, idealizada por Irineu Evangelista de Souza, o Barão de Mauá. Posteriormente denominada de Estrada de Ferro Mauá, fazia o trajeto de Porto de Estrela na Baía de Guanabara a Raiz da Serra, próximo a Petrópolis.

Segundo Borges Neto²³, a política de incentivos à construção de ferrovias, como isenções e garantia de juros sobre o capital investido, adotada pelo Governo Imperial, por meio da Lei nº 641, de 26 de julho de 1852, surtiu os efeitos desejados, desencadeando um grande número de empreendimentos praticamente, todas as regiões do país.

Em 1889, no final do império, já existiam aproximadamente 9.500 km de ferrovias em tráfego, construídas principalmente com capital privado inglês.

A fase de acelerada expansão da malha ferroviária durou até o final da década de 1930, e atendeu a dois objetivos: propiciar a entrada de capital estrangeiro no país e o escoamento da crescente produção agrícola, em especial a cafeeira.

No governo de Getúlio Vargas iniciou-se um processo de saneamento e reorganização das ferrovias, pela encampação de empresas estrangeiras e nacionais em más condições financeiras. A administração destas ferrovias ficou a cargo da Inspeção Federal de Estradas – IFE, órgão do Ministério de Viação e Obras Públicas, ao qual competia a gestão de ferrovias e rodovias federais.²⁴

²³ BORGES NETO, Camilo. *Manual Didático de Ferrovias*. Universidade Federal do Paraná, Departamento de Transportes, 2011. Disponível em <<http://www.dtt.ufpr.br/Ferrovias/notas.htm>>. Acesso em jan.2013.

²⁴ *Ibidem*.

O processo de nacionalização das estradas de ferro culminou com a instituição da RFFSA pela Lei nº 3.115²⁵, de 16 de março de 1957, à qual foram incorporadas as 22 ferrovias de propriedade ou administradas pela União.

As cinco ferrovias de propriedade do Estado de São Paulo também foram unificadas com a criação da FEPASA – Ferrovia Paulista S.A.²⁶ em 1971.

A partir de 1980, a RFFSA e a FEPASA passaram a ter forte redução no aporte de investimentos públicos. A degradação das vias, material rodante (locomotivas, vagões e outros veículos ferroviários) e demais ativos ocasionou perda de mercado para o modal rodoviário e consequente desequilíbrio financeiro.

O processo de desestatização do transporte ferroviário no Brasil foi iniciado com a edição do Decreto n.º 473, de 10 de março de 1992, que incluiu a RFFSA – Rede Ferroviária Federal S.A. no PND – Plano Nacional de Desestatização²⁷.

As malhas pertencentes à RFFSA foram submetidas a processo licitatório (leilão) com base na divisão geográfico-administrativa da própria estatal, as chamadas Superintendências Regionais (SR's).

O BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, órgão gestor do processo de desestatização, elaborou a forma e as condições gerais para concessão das malhas. O primeiro leilão foi o da Malha Oeste, em março de 1996, sendo o último o da Malha Paulista, em novembro de 1998, conforme quadro abaixo.

Quadro 1: Malhas ferroviárias da extinta RFFSA e as Concessionárias pós-desestatização

Malhas Regionais	Data do Leilão	Concessionárias	Início da Operação	Extensão atual (Km)
Oeste (SR 10)	05.03.96	Ferrovia Novoeste S.A. (atual América Latina Logística Malha Oeste S.A.)	01.07.96	1.945
Centro-Leste (SR's 2, 7 e 8)	14.06.96	Ferrovia Centro-Atlântica S.A.	01.09.96	8.066
Sudeste (SR's 3 e 4)	20.09.96	MRS Logística S.A.	01.12.96	1.674
Tereza Cristina (SR 9)	26.11.96	Ferrovia Tereza Cristina S.A.	01.02.97	164

²⁵ Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957. *Determina a transformação das empresas ferroviárias da União em sociedades por ações, autoriza a constituição da Rede Ferroviária S.A., e dá outras providências.*

²⁶ A FEPASA foi federalizada e incorporada à RFFSA pelo Decreto nº 2.502, de 18 de fevereiro de 1998.

²⁷ O Plano Nacional de Desestatização foi instituído pela Medida Provisória nº 155, de 15 de março de 1990, convertida na Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Posteriormente, foi revogada pela Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, que passou a ser o diploma regulador do PND.

Sul (SR 5 e 6)	13.12.96	Ferrovias Sul-Atlântico S.A. (atual América Latina Logística Malha Sul S.A.)	01.03.97	7.265
Nordeste (SR's 1, 11 e 12)	18.07.97	Companhia Ferroviária do Nordeste (atual Transnordestina Logística S.A.)	01.01.98	4.207
Paulista (ex-FEPASA)	10.11.98	Ferrovias Bandeirantes S.A. (atual América Latina Logística Malha Paulista S.A.)	01.01.99	1.989
Total				25.310

Fonte: Adaptado de ANTT, 2012.

Os consórcios vencedores das licitações constituíram Sociedades de Propósito Específico – SPE's para receberem as outorgas de concessão e, nas malhas oriundas da RFFSA, os ativos operacionais, vinculados por meio de contrato de arrendamento.

A CVRD – Companhia Vale do Rio Doce²⁸ já operava duas ferrovias, a EFVM – Estrada de Ferro Vitória a Minas (concessão outorgada em 1946) e da EFC – Estrada de Ferro Carajás (concessão outorgada em 1982).

Logo após a privatização da CVRD, decreto presidencial de 27 de junho de 1997²⁹ extinguiu a concessão da EFVM e, concomitantemente, outorgou nova concessão à CVRD nos moldes dos novos contratos. O mesmo ocorreu com a concessão da EFC por meio de outro decreto de mesma data³⁰.

Ricardo Wagner Carvalho de Oliveira³¹ destaca que o modelo adotado para transferir ao setor privado as atividades empresariais da CDRV, e de suas duas ferrovias, foi o da alienação do controle acionário, diferentemente do que ocorreu com as malhas da RFFSA, onde licitou-se apenas a concessão para exploração das malhas pelas SPE's e o arrendamento acessório dos ativos operacionais vinculados.

²⁸ A Companhia Vale do Rio Doce foi criada em 1942 no governo do presidente Getúlio Vargas. A mineradora estatal foi privatizada em 6 de maio de 1997. Em 2009, a CVRD alterou sua razão social para Vale S.A.

²⁹ Decreto de 27 de junho de 1997. *Declara extinta concessão que menciona e outorga à Companhia Vale do Rio Doce - CVRD concessão para explorar e desenvolver serviço público de transporte ferroviário de cargas e de passageiros na Estrada de Ferro Vitória a Minas, nos Estados do Espírito Santo e Minas Gerais, e dá outras providências.*

³⁰ Decreto de 27 de junho de 1997. *Declara extinta concessão que menciona e outorga à Companhia Vale do Rio Doce - CVRD concessão para explorar e desenvolver serviço público de transporte ferroviário de cargas e de passageiros na Estrada de Ferro Carajás - EFC, nos Estados do Pará e Maranhão, e dá outras providências.*

³¹ *Direito dos Transportes Ferroviários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 130-131.

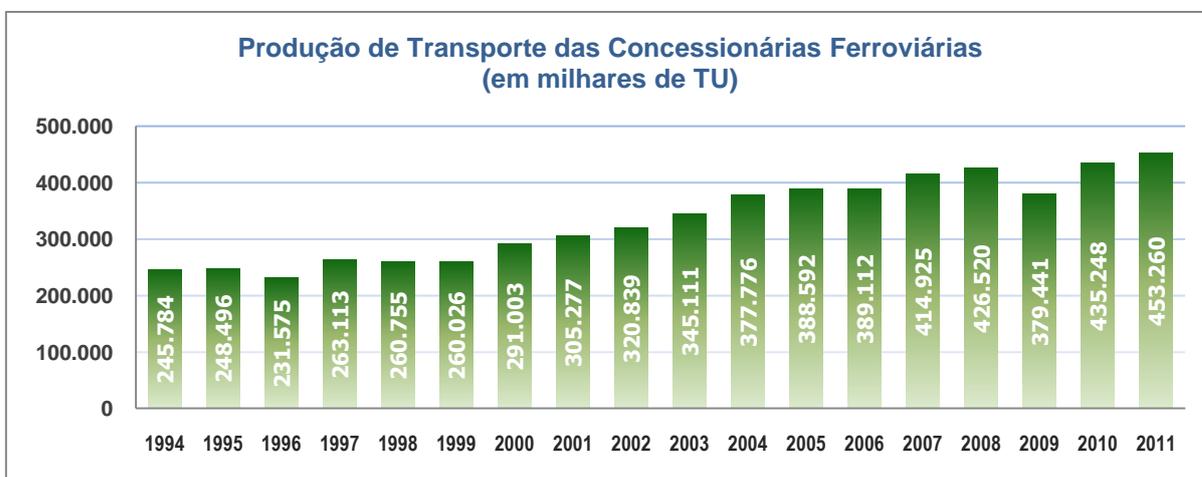
Em 7 de dezembro de 1999, por meio do decreto presidencial nº 3.277³², a RFFSA entra em liquidação, e sua extinção foi completada com a edição da Lei nº 11.483³³, de 31 de maio de 2007.

A agência reguladora do setor, a ANTT, foi criada somente cinco anos após a primeira concessão de ferrovia com a Lei nº 10.233³⁴, de 5 de junho de 2001. O Decreto nº 4.130³⁵, de 13 de fevereiro de 2002, que aprovou o regulamento, estrutura regimental e o quadro com quantitativos de cargos comissionados da ANTT, marcou a instalação da agência.

2.2 Panorama Atual

Após a desestatização do setor ferroviário de cargas no Brasil, houve significativo crescimento de investimentos e volume de transportado pelas ferrovias. No período de 1994 a 2011, o aumento da produção de transporte foi de 84%, conforme demonstrado pelos dados da Figura 1.

Figura 1: Evolução da produção do transporte ferroviário de cargas (em milhares de TU)



Fonte: ANTT, 2012.

³² Decreto nº 3.277, 7 de dezembro de 1999. *Dispõe sobre a dissolução, liquidação e extinção da Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA.*

³³ Lei nº 11.483, de 31 de maio de 2007. *Dispõe sobre a revitalização do setor ferroviário, altera dispositivos da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e dá outras providências.*

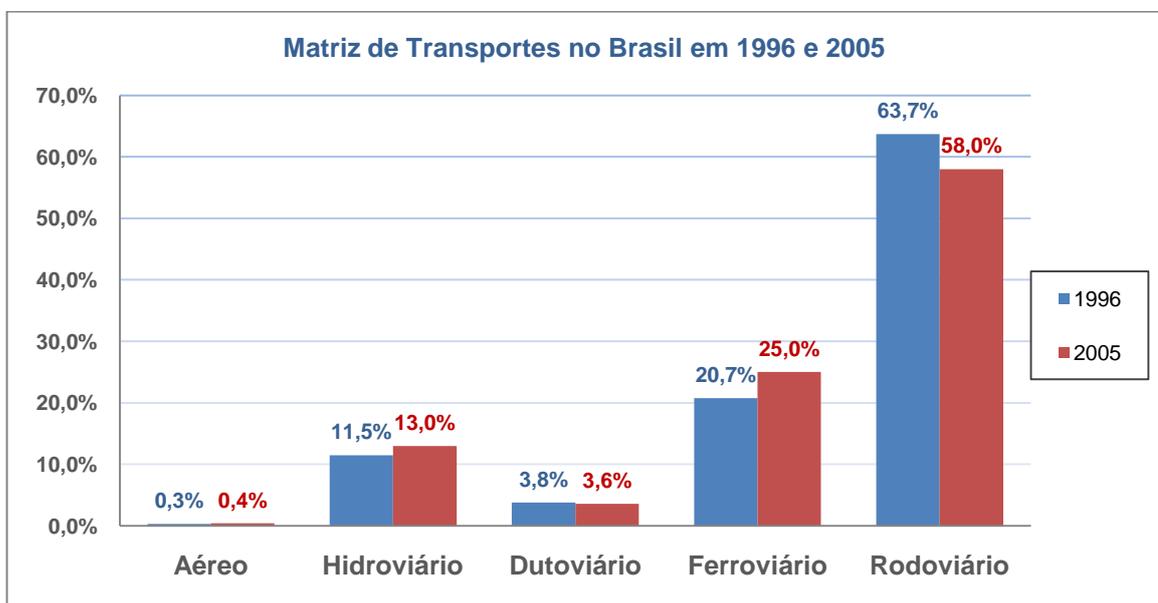
³⁴ Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. *Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências.*

³⁵ Decreto nº 4.130, de 13 de fevereiro de 2002. *Aprova o Regulamento e o Quadro Demonstrativo dos Cargos Comissionados e dos Cargos Comissionados Técnicos da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, e dá outras providências.*

Este crescimento foi em grande parte impulsionado pelo aquecimento do mercado externo, tanto que o perfil das cargas transportadas por ferrovia é basicamente constituída de *commodities* minerais (minério de ferro) e agrícolas (soja).

Isto também trouxe reflexos na participação do modal ferroviário na matriz de transportes, que passou de 20,7%, em 1996, para 25% em 2005, conforme gráfico abaixo.

Figura 2: Participação dos modais no transporte de cargas em 1996 e 2005 (percentual sobre o total de TKU – tonelada-quilômetro útil³⁶)



Fonte: Ministério dos Transportes, 2010.

Os contratos de concessão atuais não exigem a realização de investimentos predefinidos, como a das concessões rodoviárias. O invés disso, foi estabelecido como obrigação o atendimento de metas de desempenho (aumento no volume de produção de transporte e redução do nível de acidentes. Para que as metas sejam atendidas, as concessionárias precisam realizar investimentos, mas cabe a estes decidir quais investimentos devem ser feitos e em que locais da malha serão feitos.

Apesar do crescimento da produção de transporte, este modelo gerou o abandono de trechos não rentáveis, levando ao sucateamento de linhas e demais

³⁶ O TKU é uma unidade de medida equivalente ao transporte de uma tonelada útil a distância de um quilômetro.

ativos, como estações, oficinas, equipamentos, etc. Há uma concentração da produção em apenas um terço da malha atual, aproximadamente.

Outras características do atual modelo de concessão de ferrovias no Brasil são:

- A concessionária é prestadora do serviço de transporte associado à exploração da infraestrutura (verticalização);
- Dificuldade de integração da malha;
- Contrato de longo prazo: 30 anos, prorrogáveis por igual período.³⁷
- Sistema de tarifação: *price-cap* (preço-teto);
- Baixa concorrência entre as concessionárias; e
- Metas de produção não induzem melhoria na qualidade dos serviços.

Atualmente, além das sete concessionárias das malhas que pertenciam à RFFSA e as duas da Vale (EFC e EFVM), há outras duas:

A Ferroeste – Estrada de Ferro Paraná Oeste S.A, sociedade de economia mista do Estado do Paraná. A outorga de concessão foi efetivada pelo Decreto Presidencial n.º 96.913³⁸, de 03 de outubro de 1988. A ferrovia liga as cidades de Guarapuava e Cascavel, numa extensão de 248 km, em bitola métrica.

E a FNS – Ferrovia Norte Sul, outorgada à VALEC - Engenharia e Construções S.A. por meio do Decreto nº 94.813³⁹, de 1º de Setembro de 1987. Terá uma extensão de 3.100 km, em bitola de 1,60 m, e ligará os municípios de Barcarena (PA) e Panorama (SP). Foi subconcedida à Vale S.A. o trecho entre Açailândia (MA) à Palmas (TO), numa extensão de 720 km, em bitola de 1,60 m.

Seguem o mapa das ferrovias atuais e quadro das concessões reguladas pela ANTT.

³⁷ São exceções a Ferrovia Norte-Sul e Ferrovia de Integração Oeste-Leste com 50 anos de prazo de concessão, e a FERROESTE, com prazo de 90 anos.

³⁸ Decreto nº 96.913, de 3 de Outubro de 1988. *Outorga concessão à Estrada de Ferro Paraná Oeste S.A. - FERROESTE para construção, uso e gozo da estrada de ferro que menciona e dá outras providências.*

³⁹ Decreto nº 94.813, de 1º de Setembro de 1987. *Outorga à VALEC - Engenharia e Construções Ltda. concessão para construção uso e gozo dos acessos ferroviários que menciona.*

Figura 3: Mapa das Ferrovias atuais.



Fonte: América Latina Logística, 2013.

Quadro 2: Concessionárias reguladas pela ANTT e extensões (em km)

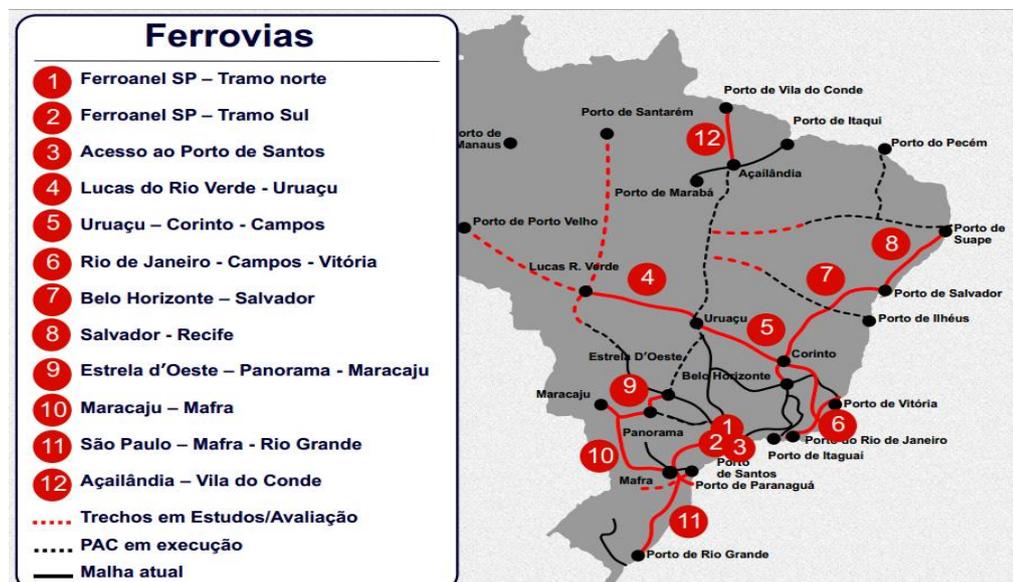
Concessionárias	Origem	Bitola			Total
		1,60	1,00	Mista	
América Latina Logística Malha Oeste S.A.	RFFSA		1.945		1.945
América Latina Logística Malha Paulista S.A.	RFFSA	1.463	243	283	1.989
América Latina Logística Malha Sul S.A.	RFFSA		7.254	11	7.265
Ferrovias Centro-Atlântica S.A.	RFFSA		7.910	156	8.066
Ferrovias Tereza Cristina S.A.	RFFSA		164		164
MRS Logística S.A.	RFFSA	1.632		42	1.674
Transnordestina Logística S.A.	RFFSA		4.189	18	4.207
Estrada de Ferro Carajás (Vale S.A.)	CVRD	892			892
Estrada de Ferro Vitória a Minas (Vale S.A.)	CVRD		905		905
Estrada de Ferro Paraná Oeste S.A.	Gov PR		248		248
América Latina Logística Malha Norte S.A.	Ferronorte	617			617
Ferrovias Norte-Sul (Subconcessão: Vale S.A.)	VALEC	720			720
TOTAL		5.324	22.858	510	28.692

Fonte: Adaptado de ANTT, 2012.

2.3 As Ferrovias Previstas e em Construção

O Programa de Investimentos em Logística do governo federal, ou “PAC das Concessões”, lançado em agosto de 2012, prevê R\$ 91 bilhões em investimentos em ferrovias. Serão doze frentes de investimento que abrangem 10 mil quilômetros de linhas férreas, conforme mapa a seguir:

Figura 4: Mapa dos trechos previstos no Programa de Investimentos em Logística.



Fonte: Secretaria do Programa de Aceleração do Crescimento (MPOG), 2013.

Também estão em construção ou planejadas as ferrovias apresentadas no quadro abaixo:

Quadro 3: Ferrovias Previstas e em Construção

Sigla Ferrovia	Denominação	Extensão	Origem / Destino	Situação
EF-116 EF-232	Ferrovia Transnordestina	1.770	Salgueiro (PE) ao Porto de Pecém (CE); Eliseu Martins (PI) ao Porto de Suape (PE)	Trechos em construção
EF-151	FNS Ferrovia Norte Sul	3.100	Belém (PA) a Panorama (SP)	Trecho em operação a trechos com EVTEA concluído
EF-151	FNS Ferrovia Norte Sul (Trecho Sul)	1.600	Panorama (SP) a Rio Grande (RS)	Planejada
EF-232	Conexão da FNS com a Transnordestina	596	Estreito (MA) a Eliseu Martins (PI)	EVTEA concluído
EF-267	Ferrovia do Pantanal	750	Panorama (SP) a Porto Murtinho (MS)	EVTEA concluído
EF-280 EF-498 EF-499	Corredor Ferroviário de Santa Catarina	700	Itajaí (SC) a Dionísio Cerqueira (SC)	Planejada
EF-334	FIOL Ferrovia de Integração Oeste-Leste	1.527	Ilhéus (BA) a Figueirópolis (TO)	Trechos em construção
EF-354	Ferrovia Transcontinental	4.400	Campos (RJ) a Boqueirão da Esperança (AC)	Planejada
EF-354	FICO Ferrovia de Integração Centro-Oeste	1.630	Uruaçu (GO) a Vilhena (RO)	EVTEA concluído
EF-451	Ferrovia Litorânea	270	Imbituba (SC) a Araquari (SC)	Planejada
EF-484	Corredor Ferroviário do Paraná	1.116	Paranaguá (PR) a Maracaju (MS)	Planejada

Fonte: Adaptado de VALEC e Ministério dos Transportes, 2012.

Ao todo, somando-se ferrovias atuais as em construção e planejadas, o Brasil terá aproximadamente 44 mil quilômetros de vias, o que ainda é pouco para um país com as dimensões a do Brasil. Os EUA, país com extensão territorial apenas 10% maior que a do Brasil, possui 227 mil quilômetros de estradas de ferro.

2.4 Ambiente Regulatório

A reforma do Estado iniciada pelo governo brasileiro na década de 90 pretendia a transferência da prestação de serviços públicos e outras atividades

econômicas para o setor privado, mantendo-se o Estado, porém, como regulador e promotor destas atividades.

Com o objetivo de se criar um ambiente regulatório seguro, e atrair investimentos de empresas nacionais e estrangeiras para os setores desestatizados, alguns marcos legais foram instituídos, além da criação de agências reguladoras com relativa independência.

Um dos marcos legais mais importantes neste contexto é a **Lei nº 8.987**⁴⁰, de 13 de fevereiro de 1995. A chamada “Lei das Concessões” regulamenta o art. 175 da Constituição Federal:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

A Lei das Concessões norteou todos os contratos de concessão atuais de ferrovias, tanto que muitos itens do contrato são praticamente a cópia literal da lei. O quadro abaixo ilustra esta afirmação.

Quadro 4: Incisos do art. 31 da Lei nº 8.987/1995 e os itens correspondentes da Cláusula Nona, item 9.1, do Contrato de Concessão

Lei nº 8.987/1995	Contrato de Concessão (MRS)
Art. 31. Incumbe à concessionária:	9.1 OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA
I - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato;	VIII) Prestar serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, sem qualquer tipo de discriminação e sem incorrer em abuso de poder econômico, atendendo às condições de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas.
II - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;	I) manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à CONCESSÃO;

⁴⁰ Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. *Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.*

III - prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato;	II) prestar contas da gestão do serviço à CONCEDENTE e aos usuários, nos termos definidos no item XV desta Cláusula e da Cláusula Décima Segunda;
IV - cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;	IX) cumprir e fazer cumprir as normas aplicáveis à ferrovia; XXXI) cumprir e fazer cumprir o Regulamento dos Transportes Ferroviários – RTF, aprovado pelo Decreto nº 1.832, de 04 de março de 1996;
V - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis;	XIX) prestar o apoio necessário aos encarregados da fiscalização da CONCEDENTE, garantindo-lhes livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações vinculadas à CONCESSÃO, bem assim o exame de todos os assentamentos gráficos, registros e documentos contábeis, demais documentos e sistemas de informações, concernentes à prestação dos serviços concedidos;
VI - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;	XVIII) promover as desapropriações necessárias e constituir servidões autorizadas pela CONCEDENTE;
VII - zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente; e	XIV) zelar pela integridade dos bens vinculados à CONCESSÃO, conforme normas técnicas específicas, mantendo-os em perfeitas condições de funcionamento e conservação, até a sua transferência à CONCEDENTE ou a nova CONCESSIONÁRIA;
VIII - captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.	(Não há)

Fonte: Elaborado pelo autor

Além da Lei nº 8.987, os **contratos de concessão** das malhas da RFFSA são regidos pelas **Leis nº 9.074⁴¹** e **8.666⁴²**, pelo **Decreto nº 1.832⁴³** (Regulamento dos Transportes Ferroviários – RTF), pelas normas regulamentares pertinentes e pelo **edital de licitação** e seus anexos. A interpretação dos dispositivos contratuais se faz, principalmente, em face de tais diplomas.⁴⁴

O RTF contém os princípios gerais atinentes ao ordenamento dos transportes ferroviários no País, e tem por escopo disciplinar as relações entre a Administração

⁴¹ Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. *Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.*

⁴² Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.*

⁴³ Decreto nº 1.832, de 04 de março de 1996. *Aprova o Regulamento dos Transportes Ferroviários.*

⁴⁴ OLIVEIRA, Ricardo Wagner Carvalho de. *Direito dos Transportes Ferroviários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 124.

Pública, as Administrações Ferroviárias (concessionárias, sub-concessionárias, empresas públicas, etc.) e usuários, bem como aspectos da operação ferroviária e segurança nos respectivos serviços.

Na opinião de Ricardo Wagner Carvalho de Oliveira, “o RTF, apesar de hoje ser o mais importante texto balizador dos princípios que regem os transportes ferroviários no Brasil, padece o vício de inovar à ordem jurídica, o que acarreta a inconstitucionalidade da quase totalidade de seus dispositivos”.⁴⁵⁻⁴⁶

Uma solução seria a atualização do RTF (que se mostra atualmente uma necessidade premente) e editá-la em forma de lei.

A **Lei nº 10.233**⁴⁷, de 5 junho de 2001, cria, além da ANTT e a ANTAQ, o CONIT – Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e o DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. Estabelece princípios e diretrizes gerais para o transporte terrestre e aquaviário, bem como objetivos e atribuições de dos entes criados.

O **Decreto nº 4.130**⁴⁸, de 13 de fevereiro de 2002, detalha as atribuições da ANTT (39 atribuições gerais e 12 específicas ao transporte ferroviário).

Com **Lei nº 11.483**⁴⁹, de 31 de maio de 2007, foi declarada a extinção da RFFSA, e seus bens operacionais passaram ser propriedade do DNIT. A lei alterou os alguns dispositivos da Lei nº 10.233/2001, entre eles o parágrafo 4º do art. 82, que dispõe:

Art. 82. São atribuições do DNIT, em sua esfera de atuação:

§ 4º O DNIT e a ANTT celebrarão, obrigatoriamente, instrumento para execução das atribuições de que trata o inciso XVII do caput deste artigo, **cabendo à ANTT a responsabilidade concorrente pela execução do controle patrimonial e contábil dos bens operacionais recebidos pelo DNIT** vinculados aos contratos de arrendamento referidos nos incisos II e IV do caput do art. 25 desta Lei.” (NR)

⁴⁵ *Ibidem*, p. 108.

⁴⁶ O RTF, enquanto decreto presidencial (Decreto nº 1.832/1996), não pode inovar na ordem jurídica, conforme será visto no item 3.2 deste texto.

⁴⁷ Lei nº 10.233, de 5 junho de 2001. *Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências.*

⁴⁸ Decreto nº 4.130, de 13 de fevereiro de 2002. *Aprova o Regulamento e o Quadro Demonstrativo dos Cargos Comissionados e dos Cargos Comissionados Técnicos da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, e dá outras providências.*

⁴⁹ Lei nº 11.483, de 31 de maio de 2007. *Dispõe sobre a revitalização do setor ferroviário, altera dispositivos da Lei no 10.233, de 5 de junho de 2001, e dá outras providências.*

O instrumento referenciado acima é o Acordo de Cooperação Técnica celebrado entre a ANTT e o DNIT, de 20 de julho de 2009. Neste documento ficam estabelecidas as obrigações de parte a parte no controle patrimonial dos bens operacionais. A ANTT recebeu, portanto, uma nova atribuição, mas que se dá em conjunto com o DNIT.

A **Resolução nº 44**, de 04 de julho de 2002, é uma compilação, num único documento, dos diversos atos emitidos pelo Ministério dos Transportes durante o período que antecedeu a criação da ANTT, relativos à prestação dos serviços de transporte ferroviário. É subdividido em Títulos, cada qual corresponde a uma Norma Complementar do Ministério dos Transportes. A maioria destes já foi revogada ou alterada por outras resoluções da ANTT, conforme quadro abaixo.

Quadro 5: Títulos da Resolução nº 44/2002 e alterações posteriores

Título	Descrição
Título I	Alterado pela Resolução nº 442 , de 17 de fevereiro de 2004. <i>Aprova o Regulamento disciplinando, no âmbito da ANTT, o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infrinjam a legislação de transportes terrestres e os deveres estabelecidos nos editais de licitações, nos contratos de concessão, de permissão e de arrendamento e nos termos de outorga de autorização.</i>
Título II	Estabelece procedimentos para o acompanhamento e realização de fiscalização dos serviços de transportes ferroviários.
Título III	Revogado pela Resolução nº 3.694 , de 14 de julho de 2011. <i>Aprova o Regulamento dos Usuários dos Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas.</i>
Título IV	Revogado pela Resolução nº 3.695 , de 14 de julho de 2011. <i>Aprova o Regulamento das Operações de Direito de Passagem e Tráfego Mútuo, visando à integração do Sistema Ferroviário Nacional.</i>
Título V	Revogado pela Resolução nº 2.502 , de 19 de dezembro de 2007. <i>Dispõe sobre o SAFF Sistema de Acompanhamento e Fiscalização do Transporte Ferroviário, o CAFEN Cadastro Ferroviário Nacional, o RIF Registro de Informações de Fiscalização e o SIADE - Sistema de Acompanhamento do Desempenho das Concessionárias de Serviços Públicos de Transportes Ferroviários, e dá outras providências.</i>
Título VI	Estabelece procedimentos relativos às solicitações de suspensão e supressão de serviços de transporte ferroviário e de desativação de trechos, pelas concessionárias de serviço público de transporte ferroviário.
Título VII	Revogado pela Resolução nº 1.431 , de 26 de abril de 2006. <i>Estabelece procedimentos para a comunicação de acidentes ferroviários à ANTT pelas concessionárias e Autorizatórias de serviço público de transporte ferroviário.</i>
Título VIII	Revogado pela Resolução nº 359 , de 26 de novembro de 2003. <i>Dispõe sobre os procedimentos relativos à prestação não regular e eventual de serviços de transporte ferroviário de passageiros com finalidade turística, histórico-cultural e comemorativa.</i>

Título IX	Perdeu efeito com a Resolução nº 3.847 , de 20 de junho de 2012. <i>Aprova a Revisão nº 2 do Manual de Contabilidade do Serviço Público de Transporte Ferroviário de Cargas e Passageiros e a Revisão nº 2 do Manual de Contabilidade do Serviço Público de Exploração da Infraestrutura Rodoviária Federal Concedida e da outras providências.</i>
Título X	Revogado pela Resolução nº 3.761 , de 20 de dezembro de 2011. <i>Estabelece procedimentos para apresentação do Plano Trienal de Investimentos – PTI à Agência Nacional de Transportes Terrestre – ANTT pelas concessionárias de serviço público de transporte ferroviário de cargas, institui os critérios de análise, define a aplicação de penalidades, e da outras providências.</i>
Título XI	Estabelece critérios para avaliação do nível de Satisfação do Usuário - SU, quando prestação por concessionárias do serviço público de transportes ferroviários.
Título XII	Perdeu efeito com a Resolução nº 288 , de 10 de setembro de 2003. <i>Regulamenta a aplicação de penalidades em face do descumprimento das Metas de Produção e de Redução de Acidentes.</i> Resolução nº 769, de 13 de outubro de 2004. <i>Revoga o Título XII da Resolução ANTT nº 44, de 04 de julho de 2002.</i>

Fonte: ANTT, com adaptações.

Outras resoluções da ANTT importantes para o setor ferroviário são:

- **Resolução nº 420**⁵⁰, de 12 de fevereiro de 2004.
- **Resolução nº 1.573**⁵¹, de 10 de agosto de 2006.
- **Resolução nº 2.695**⁵², de 13 de maio de 2008.
- **Resolução nº 2.748**⁵³, de 12 de junho de 2008.
- **Resolução nº 3.696**⁵⁴, de 14 de julho de 2011.

As resoluções da ANTT, em conjunto com as leis supra, o RTF, o Edital de Licitação e o respectivo Contrato de Concessão e de Arrendamento, formam o aparelho regulatório atual do transporte ferroviário de cargas no Brasil.

⁵⁰ Resolução nº 420, de 12 de fevereiro de 2004. *Aprova as Instruções Complementares ao Regulamento do Transporte Terrestre de Produtos Perigosos.*

⁵¹ Resolução nº 1.573, de 10 de agosto de 2006. *Institui o Regime de Infrações e Penalidades do Transporte Ferroviário de Produtos Perigosos no âmbito nacional.*

⁵² Resolução nº 2.695, de 13 de maio de 2008. *Estabelece procedimentos a serem seguidos pelas concessionárias de serviços públicos de transporte ferroviário na obtenção de autorização da ANTT para execução de obras na malha objeto da Concessão.*

⁵³ Resolução nº 2.748, de 12 de junho de 2008. *Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas Concessionárias de Serviços Públicos de Transporte Ferroviário de Cargas, no transporte de produtos perigosos.*

⁵⁴ Resolução nº 3.696, de 14 de julho de 2011. *Aprova o Regulamento para Pactuar as Metas de Produção por Trecho e as Metas de Segurança para as Concessionárias de Serviço Público de Transporte Ferroviário de Cargas.*

2.5 Lacunas Regulatórias: Perspectivas e anseios do mercado quanto a novas resoluções.

São grandes as demandas no setor ferroviário por mais regulamentação, tanto dos usuários, como das próprias empresas reguladas e os entes públicos envolvidos.

A Resolução nº 3.688, de 15 de junho de 2011, instituiu a Agenda Regulatória⁵⁵ no âmbito da ANTT, que, conforme o art. 1º, “consiste no documento que indica as matérias que demandarão a atuação prioritária em um período determinado, buscando a efetividade na aplicação das normas, a previsibilidade das ações e o direcionamento dos esforços para o cumprimento da missão e dos objetivos institucionais da Agência”.

No biênio 2011/2012 foram incluídos os temas seguintes e concluídos com a publicação da respectiva resolução:

- Pactuação e repactuação de metas por trecho (Resolução nº 3.696/2011);
- Regulamento de defesa dos direitos dos usuários de transporte ferroviário de cargas (Resolução nº 3.694/2011);
- Metodologias e procedimentos de revisão tarifária (Resoluções nº 3.888/2012 a 3.898/2012);
- Operações de direito de passagem e tráfego mútuo (Resolução nº 3.695/2011); e
- Plano Trienal de Investimento: conceito de investimento; forma e critérios para a apresentação do PTI (Resolução ANTT nº 3.761/2011).

Para o biênio 2013/2014 os principais temas na Agenda Regulatória são:

- Caracterização do serviço adequado no transporte ferroviário;
- Padronização dos sistemas de sinalização/comunicação ferroviárias;
- Utilização e exploração da faixa de domínio;
- Regras de reversibilidade de bens; e
- Regulamento do Operador Ferroviário Independente.

⁵⁵ ANTT. *Agenda Regulatória*. Disponível em <<http://agendaregulatoria.antt.gov.br>>. Acesso em fev. 2013.

Segundo a ANTF – Associação Nacional dos Transportadores Ferroviários, há da parte das concessionárias necessidade de normas específicas para:

- Bens reversíveis;
- Receitas alternativas;
- Regras para renovação das concessões.
- Passagem em nível; e
- Apito de locomotivas.⁵⁶

A ANUT – Associação Nacional dos Usuários do Transporte de Carga pondera como necessárias resoluções para:

- Metas de qualidade;
- Condições de trafegabilidade;
- Plano de Investimentos;
- Fator de produtividade no reajuste tarifário;
- Regulação dos serviços acessórios; e
- Eliminação de passagens em nível.⁵⁷

⁵⁶ ANTF. *Apresentação: A Importância do Sistema Ferroviário no Cenário Logístico*. Disponível em < <http://www.antf.org.br/pdfs/a-importancia-do-sistema-ferroviario-cni-2011.pdf>>. Acesso em fev. 2013.

⁵⁷ ANUT. *Apresentação: Marco Regulatório das Ferrovias e o Novo Teto Tarifário*. Disponível em < http://www.anut.org/08_Apresentacoes_Trabalhos.asp>. Acesso em fev. 2013.

3. LIMITES DA REGULAÇÃO NO SETOR FERROVIÁRIO

3.1 Competências da ANTT no transporte ferroviário de cargas

A lei de criação da ANTT, Lei nº 10.233/2001, é a balizadora de todas as ações da ANTT. Nela se encontram os princípios e diretrizes gerais para o transporte terrestre, bem como os objetivos e as atribuições da Agência.

Conforme o art. 22, constituem a esfera de atuação da ANTT:

I - transporte ferroviário de passageiros e cargas ao longo do Sistema Nacional de Viação;

II – a exploração da infra-estrutura ferroviária e o arrendamento dos ativos operacionais correspondentes;

O Sistema Nacional de Viação, conforme o art. 2º dessa lei, “é constituído pela infra-estrutura viária e pela estrutura operacional dos diferentes meios de transporte de pessoas e bens, sob jurisdição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

As principais competências da ANTT na regulação dos serviços de transporte ferroviário de cargas são:

- a) Elaborar e editar normas (art. 24, VI e XIV);
- b) Editar atos de outorga (Art. 24, V e Art. 25, I e III);
- c) Administrar e fiscalizar os contratos de concessão e arrendamento (Art. 24, V, VI, VIII, IX e X e Art. 25, II e IV);
- d) Proceder à revisão e ao reajuste de tarifas (art. 24, VII);
- e) Promover estudos de demanda, transporte intermodal e relativos à custos e definição de tarifas (art. 24, I, II e XI); e
- f) Coordenar a relação entre concessionários e entre estes e usuários, arbitrando eventuais conflitos (Art. 25, V).

A Lei nº 12.743⁵⁸, de 19 de dezembro de 2012, alterou a Lei nº 10.233 e acrescentou uma interessante atribuição à ANTT: “regular os procedimentos e as condições para cessão a terceiros de capacidade de tráfego disponível na

⁵⁸ Lei nº 12.743, de 19 de dezembro de 2012. *Altera as Leis nºs 10.233, de 5 de junho de 2001, e 12.404, de 4 de maio de 2011, para modificar a denominação da Empresa de Transporte Ferroviário de Alta Velocidade S.A. - ETAV para Empresa de Planejamento e Logística S.A. - EPL, e ampliar suas competências; e revoga dispositivo da Lei nº 11.772, de 17 de setembro de 2008.*

infraestrutura ferroviária explorada por concessionários” (Art. 25, VIII). Tal atribuição dá mais embasamento às citadas Resoluções nº 3.694/2011, 3.695/2011 e 3.696/2011, que em sua essência procuram criar concorrência no setor ferroviário.

O Regimento Interno⁵⁹ da ANTT traz um detalhamento destas atribuições e distribuindo-as às designadas Superintendências de Processos Organizacionais. Recentemente, houve uma importante alteração. Por meio da Resolução nº 3.953, de 5 de dezembro de 2012, a Superintendência que reunia atribuições sobre serviços e infraestrutura ferroviária e os serviços de transporte rodoviário e multimodal de cargas foi dividida em duas, a “Superintendência de Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas” e a “Superintendência de Serviços de Transporte Rodoviário e Multimodal de Cargas”.

Também foram criadas as Coordenações Ferroviárias nas Unidades Regionais⁶⁰, com o objetivo de descentralizar a fiscalização e dar-lhes maior autonomia. A cada coordenador está o encargo de analisar e decidir sobre as defesas das concessionárias decorrentes das penalidades aplicadas por suas equipes.

O Regimento Interno contém pontos importantes que ajudam a clarificar as competências da ANTT. Quanto às atribuições pertinentes ao setor ferroviário, destacam-se:

Art. 73-D. À Superintendência de Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas compete, além de outras atribuições relacionadas ao Transporte Ferroviário de Cargas estabelecidas pela Diretoria:

I - **acompanhar e fiscalizar o desempenho operacional** da prestação de serviços e da exploração de infraestruturas de transporte ferroviário de cargas outorgados, assegurando o cumprimento das normas e dos contratos de concessão;

II - **acompanhar e fiscalizar o uso, a conservação, a manutenção e a reposição dos bens e ativos operacionais** vinculados às outorgas de ferrovias no âmbito das competências da ANTT;

IX - **promover a regulação da prestação dos serviços e da exploração das infraestruturas de transporte ferroviário de cargas;**

XI - **propor novas outorgas** para prestação de serviços e exploração das infraestruturas de transporte ferroviário de cargas;

XIII - **harmonizar interesses e conflitos** entre prestadores de serviços e entre estes e os clientes e usuários;

⁵⁹ Aprovado pela Resolução nº 3000, de 28 de janeiro de 2009.

⁶⁰ As Unidades Regionais da ANTT são unidades administrativas nos Estados. Atualmente há apenas sete Unidades Regionais, sediadas nas capitais dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Ceará, Bahia, Maranhão e Rio Grande do Sul.

XIV - elaborar e implementar o **reajuste e a revisão de tarifas** das outorgadas para a prestação de serviços e para a exploração de infraestruturas de transporte ferroviário de cargas, e fiscalizar sua aplicação;

XVI - **acompanhar o desempenho econômico e financeiro** do setor de transportes terrestres no âmbito de suas competências, assegurando o cumprimento das normas e dos contratos de concessão, fiscalizando as cláusulas econômico-financeiras das outorgas e aplicando as devidas penalidades;

A competência da ANTT na **regulação do desempenho operacional** é citada no inciso I. São previstas nos contratos de concessão uma meta de produção (medido em TKU – tonelada útil transportada por quilômetro) e uma meta de segurança (quantidade máxima de acidentes, ponderado por milhão de trem x quilômetro – trem x km). O acompanhamento é realizado por meio de sistema desenvolvido em parceria com a Universidade Federal de Santa Catarina, o SAFF – Sistema de Acompanhamento e Fiscalização do Transporte Ferroviário.

A Resolução nº 3696, de 14 de julho de 2011, que aprovou o *Regulamento para Pactuar as Metas de Produção por Trecho e as Metas de Segurança para as Concessionárias de Serviço Público de Transporte Ferroviário de Cargas*, juntamente com as Resoluções nº 3694⁶¹ e 3695⁶², representam um grande avanço para estimular a concorrência no setor. As metas, que antes eram globais, passaram a ser por trecho, sendo que os trechos em houver capacidade ociosa serão obrigatoriamente disponibilizados a outras concessionárias, usuários ou operadores de transporte multimodal.

Uma crítica que se pode fazer em relação à verificação do desempenho das concessionárias é o fato de ter apenas estes dois indicadores, quando se poderia pensar em diversos outros de modo a espelhar de fato o atendimento pleno dos usuários, tais como:

- número de clientes não atendidos sem justificativa aceitável;
- percentual de entregas fora do prazo;
- percentual de pedidos que geraram reclamações;
- percentual de mercadorias com avaria;
- percentual de perdas no transporte (quando se trata de grãos ou minério, por exemplo);

⁶¹ Resolução nº 3694, de 14 de julho de 2011. *Aprova o Regulamento dos Usuários dos Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas.*

⁶² Resolução nº 3695, de 14 de julho de 2011. *Aprova o Regulamento das Operações de Direito de Passagem e Tráfego Mútuo, visando à integração do Sistema Ferroviário Nacional.*

- velocidade média comercial (considera os tempos totais despendidos entre a formação e o encerramento dos trens);
- velocidade média de percurso (considera apenas o tempo do trem em marcha, ou seja, em movimento); e
- *transit time* médio (tempo de trânsito total entre a disponibilização da mercadoria à concessionária até sua entrega no destino final).

Cabe ressaltar que no inciso IX do Regimento Interno, “promover a regulação” tem o sentido de “editar normas regulatórias”, assunto a ser explorado no próximo item, o *Poder Normativo*.

A **regulação do desempenho econômico e financeiro** é referida no inciso XVI. Trata-se do acompanhamento da saúde financeira das concessionárias e fiscalização das cláusulas econômico-financeiras dos contratos de concessão.

Dentre as atribuições gerais, destacam-se algumas de competência da Superintendência de Marcos Regulatórios:

Art. 54. À Superintendência de Marcos Regulatórios compete:

I - **propor normas e procedimentos para gestão das atividades de regulação**, objetivando a uniformização institucional da prática regulatória e da gestão dos contratos de outorga;

VII - **promover a investigação de práticas anticompetitivas** e propor a aplicação de sanções cabíveis;

VIII - **analisar e avaliar as propostas de reestruturações societárias**, transferências de controle acionário, alienações e extinções de outorgas;

X - **avaliar a concorrência no mercado de transportes terrestres** e sugerir a adoção de medidas de preservação da competitividade;

Percebe-se pelos três últimos incisos acima potencial conflito de competências da ANTT com o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (reestruturada pela Lei nº 12.529⁶³⁻⁶⁴, de 30 de novembro de 2011).

⁶³ Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.*

⁶⁴ Com a lei, o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) incorporou o Departamento de Proteção e Defesa Econômica, que era ligado à SDE (Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça). As competências da SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda) foram absorvidas pelo CADE, remanescendo à secretaria somente atribuições consultivas e de estudos sobre concorrência.

A ANTT, por estar em constante acompanhamento e fiscalização das concessionárias, teria condições mais favoráveis para detectar práticas anticoncorrenciais, porém a competência para prevenir, investigar e reprimir práticas lesivas à concorrência, bem como analisar e julgar atos de concentração, permanece genericamente ao CADE.

Desta forma, entende-se que cabe à ANTT, ao conhecer sobre práticas anticompetitivas, informar ao CADE – que tem como objetivo precípua atuar na defesa da concorrência – e, sempre que possível, acompanhado de relatórios ou documentos para melhor instruir a investigação por aquele Conselho.

3.2 O Poder Normativo

A questão da legitimidade do Poder Normativo das Agências Reguladoras suscita grande polêmica. Contudo, o fato é que tais entidades foram instituídas na forma da lei com atribuições normativas, a exemplo da ANTT, por meio da Lei nº 10.233/2001, art. 24, IV e XIV:

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

IV – **elaborar e editar normas e regulamentos** relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição;

XIV – **estabelecer padrões e normas técnicas complementares** relativos às operações de transporte terrestre de cargas especiais e perigosas;

Na percepção de Alexandre Santos de Aragão, a necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, ao que podemos acrescentar o fato da competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação.⁶⁵

Carlos Ari Sunfeld defende que

os novos padrões da sociedade exigem normas mais diretas para tratar das especificidades de cada setor e garantir a efetividade da atuação do Estado. É isso que justificou a atribuição de poder normativo para as agências, o qual

⁶⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002, p. 49. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em jan.2013.

não exclui o poder de legislar que conhecemos, mas significa, sim, o aprofundamento da atuação normativa do Estado.⁶⁶

De acordo com Leila Cuéllar a competência regulamentar não é exclusiva do Chefe do Poder Executivo, podendo os órgãos da Administração Indireta (neles compreendidas as agências reguladoras) deter tal atribuição. E completa:

Necessário observar, todavia, os limites da atividade regulamentar. No Brasil o que existe é um poder normativo/regulamentar diverso daqueles que existem em outros países. Trata-se de um poder temperado, adaptado ao sistema jurídico brasileiro, não podendo: (i) inovar de forma absoluta, *ab ovo*, na ordem jurídica, (ii) contrariar a lei e o direito, (iii) desrespeitar o princípio da tipicidade, (iv) impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar a alteração do estado das pessoas, (v) ter efeito retroativo (em princípio). Ademais, a expedição deve ser fundamentada, precisa respeitar a repartição de competências entre os entes da Federação, se submete a controle pelo Poder Judiciário.⁶⁷

Para Guilherme Mussi, há três teorias mais destacadas que buscam explicar a natureza jurídica da atribuição de poderes normativos às agências reguladoras brasileiras:

A primeira delas, representada por Leila CUÉLLAR, explica que o poder normativo conferido às agências reguladoras brasileiras resultaria de uma legitimação pela função. Melhor dizendo: em razão da própria função reguladora a que visam dar cumprimento, as referidas autarquias estariam autorizadas a expedir **atos administrativos** de cunho normativo, os quais estariam **equiparados aos regulamentos autônomos**.

Numa segunda perspectiva, a função normativa das agências reguladoras adviria do fenômeno chamado **deslegalização ou delegificação**. Esta teoria, cujo maior defensor no Brasil é Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, seria uma **subespécie da delegação legislativa**, dentro de um modelo classificatório aperfeiçoado por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, o qual surgiu no direito francês.

O terceiro entendimento acerca da atribuição de capacidade normativa aos entes reguladores independentes brasileiros é o proposto por Marçal JUSTEN FILHO, para quem a concessão de poderes normativos às agências reguladoras decorreria da **manifestação do poder discricionário** conferido aos agentes públicos resultantes de uma **delegação normativa imprópria ou de cunho secundário**.⁶⁸ (grifou-se)

⁶⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Serviços Públicos e Regulação Estatal*. in: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 27.

⁶⁷ CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 142.

⁶⁸ MUSSI, Guilherme. *Os limites do poder normativo das agências reguladoras brasileiras: o caso do encargo de capacidade emergencial ("seguro apagão")*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 316, 19 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5274>>. Acesso em: jan.2013.

Di Pietro⁶⁹ assinala a importância da negociação, consenso e participação das partes interessadas para dar legitimidade normas editadas pelas agências brasileiras, assim como a necessidade de demonstrar a **motivação e razoabilidade**, ficando essa motivação sujeita ao controle judicial.

A participação social na ANTT é prevista no art. 68 da Lei nº 10.233/2001, que determina prévia audiência pública para edição de atos normativos que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte.

Ao total a ANTT já realizou 133 audiências públicas – dentre outros instrumentos de participação – mas apenas quatro delas trataram de normas para o serviço de transporte ferroviário de cargas.

A Resolução ANTT nº 3705⁷⁰, de 10 de agosto de 2011, dispõe sobre os instrumentos do Processo de Participação e Controle Social, que são os seguintes: audiência pública, consulta pública, reunião participativa e tomada de subsídio.

Em conclusão, destacam-se os limites do poder normativo das Agências. Seus atos normativos:

- a) Não podem inovar de forma absoluta, *ab ovo* (desde a origem), na ordem jurídica;
- b) Não devem contrariar a lei e o direito;
- c) Devem respeitar o princípio da tipicidade;
- d) Não devem impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar a alteração do estado das pessoas; e
- e) Devem ser precedidos de instrumentos de participação social, nos casos previstos, e devidamente demonstrada a motivação e a razoabilidade.

3.3 O Poder de Polícia e a atividade fiscalizatória

Para a atuação das Agências Reguladoras em sua função fiscalizatória, é de fundamental importância o conhecimento de como o Poder de Polícia se insere nas relações regulador-regulado, ou seja, nas relações entre o Estado, representado pelo órgão regulador, e o particular que presta o serviço público.

⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., 2004, p. 48.

⁷⁰ Resolução nº 3705/2011 revogou a Resolução nº 3026/2009, que por sua vez havia revogado a Resolução nº 151/2003.

Dentre as definições modernas de Poder de Polícia, destaca-se a de José do Santos Carvalho Filho⁷¹, que define como a “prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷² destaca que “o fundamento do Poder de Polícia é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados”. E o Poder de Polícia é a “atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”.

O Poder de Polícia está previsto na Constituição Federal brasileira em seu artigo 145, II, que dispõe:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: taxas, em razão do exercício do **Poder de Polícia** ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. (grifou-se)

A definição de Poder de Polícia, explicitado no art. 78 do Código Tributário Nacional – CTN (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), confunde-se com o próprio conceito de regulação (visto no item 1.1):

Considera-se **Poder de Polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito**, interesse ou liberdade, **regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente** à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, **ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão** ou autorização **do Poder Público**, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (grifou-se)

Uma das formas pela qual se manifesta o Poder de Polícia – como prerrogativa de direito público que autoriza a Administração Pública a limitar o exercício da liberdade individual em favor do interesse da coletividade – é o poder de fiscalizar.

De nada adiantaria deter o Estado o poder de impor restrições aos indivíduos se não se dispusesse dos mecanismos necessários à fiscalização das suas condutas. Assim, o Poder de Polícia pressupõe a atuação de agentes fiscalizadores das condutas dos indivíduos.⁷³

⁷¹ *Manual de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 62.

⁷² Op. cit., 2010, p. 115-117.

⁷³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 70.

Segundo Hely Lopes Meirelles⁷⁴, “fiscalizar é vigiar permanentemente os atos praticados pelos subordinados, com o intuito de mantê-los dentro dos padrões legais regulamentares instituídos para cada atividade administrativa”.

É fato que as Agências Reguladoras utilizam o Poder de Polícia no desempenho de suas atribuições. Esse Poder é encontrado desde a imposição de regulamentos ou padrões de qualidade dos serviços, no seu exercício legal de fiscalização, na autuação de uma prestadora de serviço por inadequações à norma, e até na declaração de inidoneidade por cometimento de delitos graves.

Existem, no entanto, limitações ao Poder de Polícia dos agentes públicos vinculados às Agências. Mesmo sendo-lhes conferidas pela Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004⁷⁵, as prerrogativas de promover a interdição de estabelecimentos, instalações ou equipamentos, assim como a apreensão de bens ou produtos, não lhes é permitido, por exemplo, usar a força no exercício de suas atividades. Conforme disciplinado pela mesma Lei, em caso de desacato ou embaraço ao exercício de suas funções os agentes têm também a prerrogativa de requisitar o auxílio de força policial federal ou estadual.

O Poder de Polícia tem como fundamento o **vínculo geral** de sujeição dos cidadãos à Administração Pública. Este vínculo obriga os cidadãos a fazer ou deixar de fazer algo em virtude de lei, conforme enuncia o artigo 5º, II, da Constituição. A Administração só pode impor aos indivíduos obrigações que tenham sido instituídas por lei.

A regulação tem como fundamento o **vínculo especial** de sujeição existente entre o contratante e contratado em razão da celebração de um contrato de concessão ou permissão que, dentre outras medidas, autoriza a concessionária (ou permissionária) a desempenhar aquela atividade, sob condições determinadas.

Nos setores econômicos em que atuam as Agências nem todas as condições de exercício das atividades pelos particulares são estabelecidas em lei. Exemplos: prazos para o alcance de metas ou determinado padrão de qualidade do serviço, fixação dos índices de desempenho, etc.

⁷⁴ Op. Cit, p. 107.

⁷⁵ Lei nº. 10.871, de 20 de maio de 2004. *Dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das Agências Reguladoras.*

Como esclarece Letícia Queiroz de Andrade⁷⁶, não é só por meio de lei que se institui obrigações para o regulado: os contratos e regulamentos também são considerados meios legítimos de instituição de obrigação que não derivam de lei, embora não possam com ela conflitar ou desrespeitar seus princípios.

Para o estabelecimento de um vínculo especial, é necessário haver vontade por parte do contratado, diferentemente do que ocorre com o vínculo geral, em que o particular é obrigado a se sujeitar aos ditames da lei. E é por meio de sua manifestação de vontade que o contratado assume os deveres relacionados no contrato.

Em síntese, para o exercício da atividade de Poder de Política o pressuposto é a existência prévia de lei. Para a validade da imposição de deveres ao regulado pelo órgão regulador não há necessidade de lei instituindo a obrigação, basta que o contrato o faça.

Ressalte-se que a observância do princípio da legalidade se justifica não apenas pela ótica da Administração que, para agir adequadamente, deve conhecer como se dará a atividade fiscalizadora e os limites de sua atuação, como também pela ótica dos administrados, que poderão pautar-se pelas condutas legalmente estabelecidas prevenindo-se da aplicação de penalidades.

Os limites que regram o Poder de Polícia legitimam a atuação estatal em face do seu poder restritivo, havendo uma linha que não pode ser ignorada, a qual delimita o poder de restrição da Administração e a intangibilidade dos direitos assegurados aos indivíduos.⁷⁷ Atuar aquém dessa linha demarcatória é renunciar ilegitimamente a poderes públicos, agir além dela representa arbítrio e abuso de Poder.⁷⁸

Assim, o Poder de Polícia encontra os seguintes limites: os **direitos fundamentais**, declarados e assegurados na Constituição Federal; a **legalidade** dos meios e modos de exercício do Poder de Polícia, que na ausência de prévia determinação legal, devem ser observados os **princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficácia**.

⁷⁶ *Regulação e Poder de Polícia*. in: PIRES, Luis Manuel Fonseca e ZOCKUN, Maurício (coord.). *Intervenções do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 65.

⁷⁷ MIRANDA, Jorge. *Estudos de Direito de Polícia*. 1º Volume. Lisboa: AAFDL, 2003, p. 40.

⁷⁸ CARVALHO FILHO, op. cit, p. 71.

As condições de validade dos atos de polícia, conforme Hely Lopes Meirelles⁷⁹, são as mesmas do ato administrativo comum, ou seja, a **competência**, a **finalidade** e a **forma**, acrescidas da **proporcionalidade da sanção** e da **legalidade dos meios** empregados pela Administração.

Isto posto, verifica-se na Lei nº 10.233/2001 a competência legal da ANTT na fiscalização dos serviços de transportes ferroviários nos incisos VIII do art. 24 e IV do art. 25:

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

VIII – **fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados**, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas e **aplicando penalidades pelo seu descumprimento**;

Art. 25. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Ferroviário:

IV – **fiscalizar** diretamente, com o apoio de suas unidades regionais, ou por meio de convênios de cooperação, **o cumprimento das cláusulas contratuais de prestação de serviços ferroviários e de manutenção e reposição dos ativos arrendados**; (grifou-se)

Observa-se pelos dispositivos supracitados que a atividade de fiscalização ferroviária da ANTT é aparentemente limitada ao cumprimento das cláusulas dos contratos de concessão e de arrendamento. Porém, nos contratos de concessão há um item que obriga a concessionária a “*cumprir e fazer cumprir as normas aplicáveis à ferrovia*”⁸⁰. Portanto, a fiscalização deverá ater-se também ao cumprimento das disposições do Regulamento dos Transportes Ferroviários (Decreto nº 1832/1996), assim como das próprias resoluções da ANTT.

3.4 O Poder-Dever Sancionador

O Poder-Dever Sancionador é decorrência direta do Poder de Polícia inerente às atribuições conferidas às Agências Reguladoras.

Uma vez munida do poder de fiscalização, a Administração deve ser revestida do poder de aplicar penalidades. Constatadas irregularidades perante o ordenamento jurídico vigente, verifica-se a possibilidade de aplicação de sanções.

⁷⁹ Op. cit., p. 123.

⁸⁰ Cláusula Nona, item 9.1, inciso IX (exceto nos contratos de concessão da Ferrovia Norte Sul e Ferrovia de integração Oeste-Leste: Cláusula Décima, item 10.1, inciso IX e da Ferroeste: Cláusula Terceira, inciso “j”).

Sanções ou penalidades administrativas são consideradas manifestações do Poder Sancionador. A sanção é resultado da verificação e apuração de uma infração administrativa por parte do administrado, sendo aplicada na proporção do dano causado à coletividade ou ao Estado, desde que haja previsão legal para tanto.

Dentre os diversos tipos de sanções, podemos destacar: a advertência, as sanções pecuniárias, as interdições, inabilitações temporárias para certa atividade, apreensões de bens e a extinção da relação jurídica mantida com o Poder Público.

Cabe ressaltar que a aplicação de multas não tem o condão de aumentar a arrecadação do Estado, mas sim de corrigir e desestimular atuações abusivas ou incorretas.

A Lei nº 8.987⁸¹, de 13 de fevereiro de 1995, em seu artigo 29, II, impõe ao gestor público a aplicação das penalidades previstas nestes contratos e nas leis pertinentes:

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

Esta lei, ao mesmo tempo em que obriga a aplicação das penalidades pelo Poder Concedente, legitima sua ação sancionatória e seu Poder de Polícia.

Ademais, cada lei que instituiu a criação da respectiva agência reguladora possui algum artigo determinando sua atribuição fiscalizatória e a obrigação de aplicar as penalidades previstas em lei, regulamentos ou nos contratos.

Conforme já mencionado no item anterior, a atribuição legal da ANTT de fiscalizar a prestação de serviços de transportes ferroviários está prevista nos incisos VIII do Art. 24 e IV do Art. 25 da Lei nº 10.233/2001.

Observa-se então a legitimidade e o dever das ANTT no acompanhamento e fiscalização dos contratos firmados com as concessionárias, bem como, aplicar as penalidades cabíveis quando da infração aos regulamentos ou cláusulas contratuais.

Nos contratos de concessão⁸² das ferrovias estão previstas as penalidades de advertência e multa, com exceção ao contrato da Ferrovia Norte-Sul, que prevê também suspensão, cassação e declaração de idoneidade. Aos contratos de concessão de malhas originárias da RFFSA foram vinculados contratos de

⁸¹ Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. *Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.*

⁸² Os contratos de concessão de treze ferrovias estão disponíveis no sítio da ANTT na *internet*. <<http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/5262/Concessoes.html>>. Acesso em jan.2013.

arrendamento de ativos, os quais preveem apenas a penalidade de multa, no valor de 10% do valor da renda mensal de arrendamento ou o valor do prejuízo causado, o que for maior. No contrato de concessão o valor da multa é de 10.000 vezes o valor básico unitário⁸³ para infrações do Grupo II e de 30.000 vezes o valor básico unitário para as do Grupo III.

Outras penalidades estão previstas para as concessões ferroviárias:

- Resolução ANTT nº 288, de 10 de setembro de 2003: regulamenta a aplicação de penalidades em face do descumprimento das Metas de Produção e de Redução de Acidentes.
- Resolução nº 1573, de 10 de agosto de 2006: institui o Regime de Infrações e Penalidades do Transporte Ferroviário de Produtos Perigosos no âmbito nacional (são quatro faixas de multas com valores que variam de cinco a cem mil reais).
- Resolução nº 3761, de 20 de dezembro de 2011: estabelece procedimentos para apresentação do Plano Trienal de Investimentos – PTI à ANTT pelas concessionárias de serviço público de transporte ferroviário de cargas, institui os critérios de análise, define a aplicação de penalidades (valores das multas idênticos aos do contrato de concessão).
- Decreto nº 1832, de 04 de março de 1996: Regulamento dos Transportes Ferroviários (são dois grupos de multa, um correspondente ao valor de dez mil reais e outro ao de cinquenta mil reais).

Vale lembrar que a aplicação de penalidades deve ser precedida do devido processo administrativo, de forma a respeitar os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, assim como o princípio da obrigatoria motivação, que exige que os atos praticados pelo Poder Público – tanto os vinculados como os discricionários – sejam acompanhados por escrito, dos seus fundamentos de fato e de direito.

⁸³ O valor básico unitário da multa, de acordo com os contratos de concessão, corresponde ao maior valor da parcela fixa dentre as tarifas de referência homologadas para a malha, expressa em reais por tonelada.

3.5 Controle da Atuação das Agências

O caráter autônomo das agências reguladoras e os poderes típicos de Estado conferidos a estes entes aumentam a necessidade de controle pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

O controle das agências pelos três Poderes é também necessário para a manutenção do *sistema de freios e contrapesos* caracterizador da ideia de separação dos poderes e a manutenção do binômio *centralização governamental e descentralização administrativa*.⁸⁴

3.5.1 Controle do Executivo

As agências reguladoras, como todo ente da Administração Federal Direta ou Indireta, se sujeitam à supervisão ministerial⁸⁵ conforme as disposições do Decreto-lei nº 200⁸⁶, de 25 de fevereiro de 1967. Destacam-se os artigos dessa norma:

Art. 25. A supervisão ministerial tem por principal objetivo, na área de competência do Ministro de Estado:

II - Promover a execução dos programas do Governo.

IV - Coordenar as atividades dos órgãos supervisionados e harmonizar sua atuação com a dos demais Ministérios.

Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:

I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade.

II - A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade.

IV - A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

Art. 27. Assegurada a supervisão ministerial, o Poder Executivo outorgará aos órgãos da Administração Federal a autoridade executiva necessária ao eficiente desempenho de sua responsabilidade legal ou regulamentar.

Art. 28. A entidade da Administração Indireta deverá estar habilitada a:

I - Prestar contas da sua gestão, pela forma e nos prazos estipulados em cada caso.

III - Evidenciar os resultados positivos ou negativos de seus trabalhos, indicando suas causas e justificando as medidas postas em prática ou cuja adoção se impuser, no interesse do Serviço Público.

⁸⁴ Cf. MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 29.

⁸⁵ São exceções os órgãos mencionados no art. 32 do Decreto-lei nº 200, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República.

⁸⁶ Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. *Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências*.

Destarte, apesar das agências reguladoras possuírem autonomia regulatória e normativa, suas ações devem ser pautadas pelas políticas públicas formuladas pelos Ministérios setoriais, assim como os limites da lei. O art. 20, inciso I, da Lei nº 10.233/2001 ilustra esta afirmação:

Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

I - implementar, em suas respectivas esferas de atuação, **as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, pelo Ministério dos Transportes e pela Secretaria de Portos da Presidência da República**, em suas respectivas áreas de competência, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei; (grifou-se)

Um caso de interferência da Administração Direta nas decisões das agências reguladoras foi um recurso hierárquico impróprio movido pelos operadores portuários do porto de Salvador contra a cobrança de uma taxa pela entrega de contêineres aos recintos alfandegários autorizada pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários. A Advocacia-Geral da União - AGU emitiu o Parecer nº AC-051/2006⁸⁷ no qual se verificou a possibilidade de interposição de recurso hierárquico impróprio contra a decisão da agência “que não atendam a adequada compatibilização com as políticas públicas adotadas pela Presidência e os Ministérios, já que inexistente área administrativa imune à supervisão ministerial, reduzindo-se, contudo, o âmbito de seu cabimento, de modo idêntico, na mesma razão inversa da obediência às políticas de iniciativa do Ministério supervisor”.

Conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁸, aplicável também às agências reguladoras:

Dado que as autarquias são pessoas jurídicas distintas do Estado, o Ministro supervisor não é autoridade de alçada para conhecer de recursos contra seus atos, pois inexistente relação *hierárquica* entre estes e aquelas, mas apenas vínculos de controle legalmente previstos. Assim, só poderia caber recurso hierárquico impróprio, isto é, quando previsto na lei própria da autarquia (ou em alguma outra lei).

Percebe-se, portanto, que a possibilidade de ingresso de recurso hierárquico impróprio contra as decisões das agências é bastante questionável, uma vez que a

⁸⁷ BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Acórdão: Parecer nº AC-051, de 12 de junho de 2006*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8453&ID_SITE=>. Acesso em: jan. 2013.

⁸⁸ Op. cit., p. 163.

inexistência de previsão expressa em lei impede que a decisão final da agência seja revisada pelo Ministério supervisor.

Outro instrumento de Controle do Executivo é o **contrato de gestão**. Já implantado em algumas agências como ANEEL, ANS e ANVISA, os contratos de gestão são firmados entre Agência Reguladora e o Ministério supervisor. Tais contratos têm o objetivo de pactuar compromissos e resultados mediante o estabelecimento de ações e indicadores. Constituem também uma ferramenta de controle social (*accountability*) e de avaliação e aperfeiçoamento da gestão e do desempenho.

3.5.2 Controle Legislativo

O controle legislativo das agências reguladoras tem como fundamento a competência do Congresso Nacional para sustar seus atos normativos que não atendam aos parâmetros e objetivos estabelecidos em lei (art. 49, inciso V, CF)⁸⁹, assim como a atribuição de fiscalizar todos os seus atos (art. 49, inciso X, CF)⁹⁰.

Para Marçal Justen Filho,

O controle parlamentar pode versar, de modo ilimitado, sobre toda a atividade desempenhada pela agência, inclusive no tocante àquela prevista para realizar-se em épocas futuras – ressalvada a necessidade de sigilo em face das características da matéria regulada. Poderá questionar-se não apenas a gestão interna da agência, mas também se exigir a justificativa para decisões de cunho regulatório. Caberá fiscalizar inclusive o processo administrativo que antecedeu a decisão regulatória produzida pela agência, com ampla exigência de informações sobre justificativas técnico-científicas das opções adotadas.

O Tribunal de Contas da União – TCU, sendo órgão de auxílio do Legislativo, poderia, à princípio, realizar tal controle. Porém, dentre as competências legais do TCU, não está o controle sobre o conteúdo das decisões regulatórias das agências, estando aquele Tribunal adstrito à fiscalização sobre dispêndios, licitações e contratações, assim como aos atos relativos a pessoal e sua remuneração,

⁸⁹ Art. 49, V. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

⁹⁰ Art. 49, X. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.

envolvendo apenas a fiscalização da agência reguladora enquanto autarquia federal, não como órgão titular de competências regulatórias.⁹¹

3.5.3 Controle Judiciário

Segundo Marçal Justen Filho⁹², “o princípio da universalidade da jurisdição significa a possibilidade de ampla investigação sobre as atividades das agências por parte do Judiciário”.

Ao Judiciário compete controlar as atividades das agências reguladoras e de seus agentes públicos quando questionadas, mediante provocação dos interessados, por meio de ação popular, ação civil pública, mandato de segurança, *habeas data*, ação de improbidade administrativa, ou qualquer outra ação judicial visando a prevenir ou reprimir atos e omissões atentórios às normas e princípios pertencentes ao ordenamento jurídico.⁹³

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 1.668-5 na qual se discutiu a constitucionalidade de disposições da Lei nº 9.472/1997⁹⁴, deferiu parcialmente pedido de medida cautelar no sentido de que o exercício da competência normativa pela Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações deve estar estritamente vinculado à lei. Segue extrato do acórdão da ADI.

Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, apreciando normas inscritas na Lei nº. 9.472, de 16 de julho de 1997, resolveu:

(...)

3) deferir, em parte, o pedido de medida cautelar, para:

a) quanto aos incisos IV e X do artigo 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme a Constituição Federal, com objetivo de fixar exegese, segundo a qual **a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares** que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado. (grifou-se)

⁹¹ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 589.

⁹² Ibidem., p. 589.

⁹³ Cf. MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 204.

⁹⁴ Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. *Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995*. Conhecida como Lei Geral das Telecomunicações.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região também tratou a questão do poder normativo das agências reguladoras, em julgado que analisou resolução da ANS e concluiu que havia nítida extrapolação de seus limites regulamentares. Segue extrato da Ementa do Agravo de Instrumento nº 2001.03.00.012550-9⁹⁵.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. EDIÇÃO DE RESOLUÇÃO POR AGÊNCIA REGULADORA. NÃO OBSERVÂNCIA DOS LIMITES DA COMPETÊNCIA NORMATIVA. ALTERAÇÃO INDEVIDA DO CONTEÚDO E QUALIDADE DE CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PACTUADOS ENTRE CONSUMIDORES E OPERADORAS.

1. A parcela do poder estatal conferido por lei às agências reguladoras destina-se à consecução dos objetivos e funções a elas atribuídos. **A adequação e conformidade entre meio e fim legitima o exercício do poder outorgado.**

2. **Os atos normativos expedidos pelas agências, de natureza regulamentar, não podem modificar, suspender, suprimir ou revogar disposição legal, nem tampouco inovar.**

3. **A Resolução** da Diretoria Colegiada (RDC) nº 27, **da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, extrapolou os lindes regulamentares** ao modificar o conteúdo e a qualidade dos contratos de prestação de serviços ajustados entre operadoras e consumidores, em afronta ao princípio da legalidade. (grifou-se)

Hely Lopes Meirelles⁹⁶ destaca que:

Todo ato administrativo, de qualquer autoridade ou Poder, para ser legítimo e operante, há que ser praticado em conformidade com a norma legal pertinente (princípio da legalidade), com a moral da instituição (princípio da moralidade), com a destinação própria (princípio da finalidade) e com a divulgação oficial necessária (princípio da publicidade). Faltando, contrariando ou desviando-se desses princípios básicos, a Administração Pública vicia o ato, expondo-o a anulação por mesma ou pelo Poder Judiciário, se requerida pelo interessado.

Portanto, cabe ao Judiciário o exame da legalidade – conformidade do ato com a norma – não podendo adentrar no juízo de conveniência e oportunidade do agente regulador, o que não implica na vedação do controle posterior do correto exercício da discricionariedade pelo Poder judiciário.⁹⁷

⁹⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Acórdão: Agravo de Instrumento nº 2001.03.00.012550-9 AG 129949*. Relator: Des. Federal Mairan Maia. DJU, 14 de junho de 2002. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentolta/63118761422765>>. Acesso em: jan. 2013.

⁹⁶ Op. cit., p. 577.

⁹⁷ Cf. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 361.

Conforme Di Pietro⁹⁸, o controle judicial de atos discricionários é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei.

3.6 Atuação da ANTT, da VALEC e da EPL no Novo Modelo de Concessões de Ferrovias

Muitos países têm conseguido introduzir na ferrovia mecanismos para aumentar a competição e melhorar o desempenho e qualidade dos serviços prestados. Diferentes modelos de separação entre infraestrutura e operação adotados em países da Europa, como Suécia e Reino Unido, serviram de inspiração para o novo modelo de concessão ferroviária brasileiro.

No novo modelo, chamado de *open access*, a exploração da infraestrutura ficará a cargo de uma só concessionária, mas seu uso será aberto a várias operadoras de transporte.

Os princípios gerais do novo modelo de concessões são:

- Estimular a concorrência;
- Contribuir para a modicidade tarifária e a qualidade na prestação dos serviços;
- Ampliar o acesso e garantir a isonomia na utilização do serviço; e
- Estimular a intermodalidade e a integração plena da malha e demais estruturas logísticas.

O novo modelo funcionará da seguinte forma:

Por meio de licitação pública, será outorgada a concessão para construção, manutenção e gestão da infraestrutura das novas ferrovias. No caso das ferrovias já outorgadas à VALEC, será uma subconcessão.

A VALEC, transformada em empresa pública pela Lei nº 11.772⁹⁹, irá adquirir a capacidade integral de tráfego do **gestor de infraestrutura** e irá ofertar o direito

⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., 2010, p. 217.

⁹⁹ Lei nº 11.772, de 17 de setembro de 2008. *Acrescenta e altera dispositivos na Lei nº 5.917, de 10 de setembro de 1973, que aprova o Plano Nacional de Viação; reestrutura a VALEC - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.; encerra o processo de liquidação e extingue a Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes - GEIPOT; altera as Leis nºs 9.060, de 14 de junho de 1995, 11.297, de 9 de maio de 2006, e 11.483, de 31 de maio de 2007; revoga a Lei nº 6.346, de 6 de julho de 1976, e o inciso I do caput do art. 1º da Lei nº 9.060, de 14 de junho de 1995; e dá outras providências.*

de uso aos **operadores ferroviários** (prestadores de serviço de transporte) interessados. Será definido um preço fixo para a circulação dos trens, e quando a demanda subir mais que a oferta de capacidade, a VALEC dará uma autorização para que a concessionária amplie a capacidade. Poderão ser **operadores ferroviários**:

- Usuários que queiram transportar carga própria;
- Operadores ferroviários independentes¹⁰⁰; e
- Outras concessionárias (que não seja a gestora da linha).

Essas empresas deverão obter uma outorga de autorização junto à ANTT, e para isso terão que cumprir requisitos mínimos, tais como: idade máxima da frota, manutenção dos equipamentos, horas de treinamento de maquinistas, etc.

Assim, a VALEC terá como principais obrigações:

- i. Garantir a compra de toda a capacidade de tráfego;
- ii. Vender a capacidade de tráfego para os operadores ferroviários, com igualdade de condições e preços;
- iii. Encaminhar ao gestor de infraestrutura a previsão de alocação de capacidade de tráfego em periodicidade mensal, anual e quinquenal.
- iv. Propor à ANTT a aplicação das penalidades contratuais e regulamentares.

Ao **gestor de infraestrutura** caberá cumprir as seguintes obrigações:

- i. Realizar obras e investimentos obrigatórios, conforme cronograma físico aprovado e especificações técnicas estabelecidas;
- ii. Garantir capacidade de tráfego estabelecida para cada trecho;
- iii. Garantir a manutenção e condições de segurança compatíveis com a capacidade do trecho;
- iv. Gerenciar o Centro de Controle Operacional (CCO), sistemas de telecomunicação, controle e licenciamento de trens¹⁰¹;

¹⁰⁰ Conforme o parágrafo único do art. 13 da Lei nº 10.233/2001, operador ferroviário independente é a pessoa jurídica detentora de autorização para transporte ferroviário de cargas desvinculado da exploração da infraestrutura.

¹⁰¹ Licenciamento de trem é uma autorização para circulação do trem, indica linha desimpedida, dada pelo agente do CCO ou da estação.

- v. Garantir fornecimento de combustível, lubrificante, água e areia, com igualdade de condições e a preços de aquisição;
- vi. Cumprir as cláusulas do Contrato de Concessão; e
- vii. Cumprir as metas de investimento, segurança e qualidade dos serviços.

O **operador ferroviário** terá as seguintes obrigações:

- i. Prestar adequado serviço de transporte ferroviário de cargas;
- ii. Manter o material rodante em perfeitas condições de uso e operação;
- iii. Manter pessoal técnico devidamente treinado e habilitado;
- iv. Adotar as medidas necessária para a prevenção de acidentes;
- v. Cumprir os regulamentos e normas específicas; e
- vi. Cumprir as metas de segurança e de qualidade e dos serviços.

Assim, no novo modelo de concessões, a ANTT, além das atribuições já elencadas no item 3.1, deverá:

- i. Estabelecer normas específicas para a nova modelagem de concessões;
- ii. Definir parâmetros para verificação e fiscalização da disponibilidade de capacidade de tráfego;
- iii. Expedir outorgas de autorização aos operadores ferroviários. Para isto terá que definir os requisitos mínimos para obtenção destas outorgas;
- iv. Conduzir investigação de acidentes graves a fim de determinar causas e responsáveis;
- v. Fiscalizar as gestoras de infraestrutura e operadores ferroviários, principalmente quanto à disponibilização das capacidades e à qualidade na prestação dos serviços;
- vi. Aplicar as sanções administrativas previstas nos contratos e regulamentos.
- vii. Arbitrar conflitos relativos ao acesso à infraestrutura.

Vale ressaltar que o novo modelo de concessões pode ser considerado uma PPP – Parceria Público-Privada à medida que o governo assume o risco de

demanda, que seria do gestor de infraestrutura, ao garantir a compra de toda a capacidade de tráfego.

Quanto à EPL – Empresa de Planejamento e Logística S.A., que surgiu da transformação da ETAV por meio da Lei nº 12.743¹⁰², não se verifica conflito de competência entre a empresa e a ANTT, ou a VALEC.

Constituem objetos da EPL, conforme disposto no art. 3º da Lei nº 12.743:

I - planejar e promover o desenvolvimento do serviço de **transporte ferroviário de alta velocidade** de forma integrada com as demais modalidades de transporte, por meio de **estudos, pesquisas, construção da infraestrutura, operação e exploração do serviço, administração e gestão de patrimônio, desenvolvimento tecnológico e atividades destinadas à absorção e transferência de tecnologias**; e

II - **prestar serviços** na área de **projetos, estudos e pesquisas** destinados a subsidiar o **planejamento da logística e dos transportes** no País, consideradas as infraestruturas, plataformas e os serviços pertinentes aos modos rodoviário, ferroviário, dutoviário, aquaviário e aeroviário.”

A nova modelagem de concessões teve grande contribuição da EPL, porém, conforme o art. 25, inciso III da Lei nº 10.233/2001, é da ANTT a atribuição de “publicar editais, julgar as licitações e celebrar contratos de concessão para construção e exploração de novas ferrovias, com cláusulas de reversão à União dos ativos operacionais edificados e instalados”.

Portanto, cabe à ANTT elaborar editais de licitação, em conformidade com as políticas públicas formuladas pelo CONIT e pelo Ministério dos Transportes.¹⁰³ Sendo também vinculada ao Ministério de Transportes, cabe à EPL auxiliar a ANTT na elaboração de editais com estudos e pesquisas de sua alçada.

¹⁰² Lei nº 12.743, de 19 de dezembro de 2012. *Altera as Leis nºs 10.233, de 5 de junho de 2001, e 12.404, de 4 de maio de 2011, para modificar a denominação da Empresa de Transporte Ferroviário de Alta Velocidade S.A. - ETAV para Empresa de Planejamento e Logística S.A. - EPL, e ampliar suas competências; e revoga dispositivo da Lei nº 11.772, de 17 de setembro de 2008.*

¹⁰³ Conforme Art. 20, inciso I, da Lei nº 10.233/2001.

CONCLUSÃO

Na atual conjuntura econômica do país, é imprescindível a melhoria da infraestrutura em todos os setores, mas a situação dos transportes talvez seja a que merece maior atenção. Recentemente o governo federal lançou o Programa de Investimentos em Logística ou “PAC das Concessões” criando expectativas de ampliação dos investimentos em todo o setor.

Também se anuncia um novo modelo de concessões ferroviárias em formato de Parceria Público-Privada que se espera ser bastante atrativo aos investidores, tendo em vista que o risco da demanda será assumido pelo governo. Uma vez que não há regulamentação específica para esta modelagem, a ANTT terá o desafio de criar todo este arcabouço regulatório, além de acompanhar e fiscalizar os novos contratos.

Como dito anteriormente, um ambiente regulatório bem definido constitui grande atrativo para novos investidores, além de contribuir para a diminuição do custo de capital, redução de tarifas e melhoria contínua dos serviços prestados. Por isso a importância da ANTT no momento atual de novas licitações de ferrovias e a nova modelagem de concessões.

Neste estudo buscou-se identificar a extensão e os limites da ANTT na regulação dos serviços de transporte ferroviário de cargas.

O transporte ferroviário, conforme o art. 21, XII, d, da Constituição Federal brasileira é um serviço público.

Serviços públicos são aqueles que o Estado considera como essenciais ao desenvolvimento da sociedade, sendo assegurada sua realização pela União por prestação direta ou mediante concessão, permissão ou autorização.

As principais competências da ANTT na regulação dos serviços de transporte ferroviário de cargas são: elaborar e editar normas; editar atos de outorga; administrar e fiscalizar os contratos de concessão e arrendamento; proceder à revisão e ao reajuste de tarifas; promover estudos de demanda, custos, etc; harmonizar a relação entre concessionárias e usuários e arbitrar conflitos.

No que concerne ao Poder Normativo das agências reguladoras, a polêmica recai na discussão da possibilidade destas editarem regulamento autônomo.

Compartilhando a opinião de Leila Cuéllar¹⁰⁴, é necessário que se supere a discussão acerca da possibilidade ou não de edição de regulamento autônomo no Direito Brasileiro. A competência normativa conferida às agências reguladoras, além de inerente à própria atividade de regulação, é imprescindível para o desempenho de suas atribuições. Os princípios da separação dos poderes e da legalidade devem ser analisados em consonância com evolução do Estado – antes provedor e hoje regulador de serviços públicos – de forma a construir uma nova teoria do regulamento autônomo brasileiro, e dispor aos órgãos reguladores de instrumentos adequados para o cumprimento de seu papel.

Estes regulamentos autônomos ou, sugerindo-se uma melhor denominação, *resoluções regulatórias*, devem observar os limites já elencados no item 3.2 deste estudo, ou seja, (a) não podem inovar de forma absoluta, *ab ovo*, na ordem jurídica; (b) não devem contrariar a lei e o direito; (c) devem respeitar o princípio da tipicidade; (d) não devem impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar a alteração do estado das pessoas; e (e) devem ser precedidos de instrumentos de participação social, nos casos previstos, e devidamente demonstrada a motivação e a razoabilidade.

Cabe ressaltar que os instrumentos de controle social das agências são avanços importantes para o aprimoramento das normas regulatórias.

Foi verificado que o Poder de Polícia encontra como limites os *direitos fundamentais* declarados na Constituição Federal e os *princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e eficácia*. Além disso, são pressupostos para a validade dos atos de polícia: *competência, finalidade, forma, objeto e motivo*.

A fiscalização é uma das formas de expressão do Poder de Polícia. A atividade de fiscalização das ferrovias pela ANTT tem fundamento os incisos VIII do art. 24 e IV do art. 25 e tem os seguintes limites/alcance: os *contratos de concessão e de arrendamento*, o *RTF - Regulamento dos Transportes Ferroviários* (Decreto nº 1832/1996) e as próprias *resoluções da ANTT*. Constitui foco principal das fiscalizações da Agência no setor ferroviário o cumprimento das cláusulas contratuais e das metas estabelecidas (índice de acidentes e de produção de transporte).

¹⁰⁴ Op. cit., p. 141-142.

O Poder Sancionador, decorrente do Poder de Polícia, encontra os mesmos limites, acrescendo-se a estes os *princípios da motivação, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa*. Do mesmo modo, as sanções ou penalidades são previstas nos próprios instrumentos da fiscalização, ou seja, contratos de concessão e de arrendamento, RTF e resoluções da ANTT.

Em face de sua relativa independência, as agências reguladoras sujeitam-se aos controles exercidos pelos poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário. Tais controles impõem aos agentes públicos a permanente observância dos limites de seus poderes e competências.

Os Ministérios setoriais têm a atribuição de supervisionar agências reguladoras federais para que a atuação destas tenha sempre como orientação as políticas públicas formuladas pelos ministérios.

O parlamento tem a prerrogativa de sustar seus atos normativos que não atendam aos parâmetros e objetivos estabelecidos em lei, assim como a de fiscalizar todos os seus atos.

Ao Judiciário cabe o exame da legalidade, ou seja, da conformidade do ato com a norma. Porém, não poderá adentrar no juízo de conveniência e oportunidade do agente regulador.

Conclui-se, por fim, que os princípios gerais da Administração Pública norteiam todas as atividades da ANTT – inclusive na regulação dos transportes ferroviários – os quais se destacam: *legalidade, finalidade, impessoalidade, especialidade, moralidade e eficiência*. Conforme a função, outros princípios podem ser destacados:

Na atividade normativa, os princípios da *legalidade, tipicidade e motivação*.

Na atividade de fiscalização e sancionatória, os princípios da *legalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, eficácia, devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa*.

Na verificação de serviço adequado, os princípios do serviço público: *continuidade, generalidade, atualidade, modicidade e cortesia*.

E seus atos administrativos deverão cumprir os requisitos de *competência, finalidade, forma, objeto e motivo*, devendo também ser observados os princípios da *legalidade, moralidade e publicidade*.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Regulação e Poder de Polícia.** *in:* PIRES, Luis Manuel Fonseca e ZOCKUN, Maurício (coord.). *Intervenções do Estado.* São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS TRANSPORTADORES FERROVIÁRIOS. **Apresentação: A Importância do Sistema Ferroviário no Cenário Logístico.** Disponível em < <http://www.antf.org.br/pdfs/a-importancia-do-sistema-ferroviario-cni-2011.pdf>>. Acesso em fev. 2013.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS USUÁRIOS DE TRANSPORTE DE CARGA. **Apresentação: Marco Regulatório das Ferrovias e o Novo Teto Tarifário.** Disponível em < http://www.anut.org/08_Apresentacoes_Trabalhos.asp>. Acesso em fev. 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais.** *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em jan. 2013.

_____. **Regulação da Economia: Conceito e Características Contemporâneas.** *in:* CARDOSO, QUEIROZ e SANTOS (Orgs.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*, Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 413-467.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BORGES NETO, Camilo. **Manual Didático de Ferrovias.** Universidade Federal do Paraná, Departamento de Transportes, 2011. Disponível em <<http://www.dtt.ufpr.br/Ferrovias/notas.htm>>. Acesso em jan. 2013.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Agenda Regulatória.** Disponível em <<http://agendaregulatoria.antt.gov.br>>. Acesso em fev. 2013.

_____. **Contratos de Concessão.** Disponível em <<http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/5262/Concessoes.html>>. Acesso em fev. 2013.

_____. **Legislação.** Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/355/Legislacao.html>>. Acesso em: fev. 2013.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Apresentação: O Modelo para a Malha Ferroviária Nacional.** Disponível em: <www.pac.gov.br/sobre-o-pac/apresentacoes/v/3e09ebbc>. Acesso em: fev. 2013.

_____. **6º Balanço do PAC2 - Eixo Transportes.** Disponível em: <http://www.pac.gov.br/pub/up/pac6/4_PAC_6_Eixo%20Transporte.pdf>. Acesso em: fev. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Limites da Função Regulatória das Agências diante do Princípio da Legalidade**. in: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito Regulatório - Temas Polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 19-50.

_____. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação**. in: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LIMBERGER, Têmis. Agências administrativas independentes no direito comparado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 51, p. 223-248, jul-set. 2004.

MAZZA, Alexandre. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Malheiros, 2005

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Estudos de Direito de Polícia**. 1º Volume. Lisboa: AAFDL, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Vital. **Auto-Regulação profissional e a Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

MUSSI, Guilherme. Os limites do poder normativo das agências reguladoras brasileiras: o caso do encargo de capacidade emergencial ("seguro apagão"). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 316, 19 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5274>>. Acesso em: jan. 2013.

OLIVEIRA, Ricardo Wagner Carvalho de. **Direito dos Transportes Ferroviários**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 361.

_____. **Direito Administrativo das concessões.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Serviços Públicos e Regulação Estatal.** *in:* SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Direito Administrativo Ordenador.** São Paulo: Malheiros, 2003.