

AUTORREGULAÇÃO FERROVIÁRIA BRASILEIRA

Ernesto Bruno Mandarino

RESUMO

Este artigo pretende analisar o instituto da autorregulação em matéria ferroviária delegada pela Lei nº 14.273/2021 e sua aplicabilidade prática na formatação das entidades, diante da possibilidade do surgimento de múltiplas entidades para o exercício da autorregulação em questões técnico-operacionais.

Para isso, apresentamos um contexto histórico do movimento de regulação e desregulação das ferrovias norte-americanas, fonte de inspiração da Lei das Ferrovias brasileira, pontuando discussões sobre o espírito e conceitos trazidos na Lei das Ferrovias de forma a responder se a autorregulação comporta a adoção integral do modelo norte-americano.

Palavras-chave: Ferrovias. Regulação. Autorregulação.

ABSTRACT

This essay intends to analyze the institute of self-regulation in railway matters delegated by Law No. 14,273/2021 and its practical applicability in the constitution of entities, given the possibility of the emergence of multiple entities to exercise the self-regulation in technical-operational matters.

In this regard, we present a historical context of the movement of regulation and deregulation of the American railroads, a source of inspiration for the Brazilian Railroad Law, punctuating discussions about the spirit and concepts brought in the Brazilian Railroad Law in order to answer whether self-regulation entails the full adoption of the American model.

Keywords: Railroads. Regulation. Self-regulation.

1 - INTRODUÇÃO

A regulação do setor ferroviário brasileiro por meio do modelo de agencificação foi inaugurada em 2001, com a criação da Agência Nacional de Transportes Terrestres (“ANTT”), cabendo à Agência Reguladora, dentre outras atribuições, promover estudos aplicados às definições de tarifas, elaborar e editar normas e regulamentos e fiscalizar a prestação dos serviços.

Não obstante o movimento tardio, o setor ferroviário brasileiro sempre contou com algum grau de regulação e autarquias competentes para fiscalizar o serviço, tendo o arcabouço jurídico-regulatório ferroviário brasileiro se desenvolvido desde o Século XIX.

O ápice deste desenvolvimento ocorreu com a possibilidade da exploração de ferrovias privadas e o exercício da autorregulação, inspirações advindas do modelo ferroviário norte-americano.

A autorregulação foi delegada pela Lei das Ferrovias às operadoras ferroviárias, facultando-lhes a associação voluntária para gerenciar, mediar e dirimir questões e conflitos de natureza técnico-operacional, supervisionada pelo regulador.

Passados quase quatro anos do novo marco regulatório do setor ferroviário, o instituto da autorregulação ainda não foi regulamentado pela ANTT e ainda pairam muitas dúvidas sobre como a experiência brasileira deverá se desenvolver, como a possibilidade ou não da multiplicidade de entidades de autorregulação e a composição do quadro associativo das entidades.

Historicamente, o modelo ferroviário brasileiro seguiu por outro destino do modelo norte-americano, em razão das escolhas administrativas. Se no hemisfério norte, as ferrovias sempre se mantiveram privadas, aqui as ferrovias privadas foram sendo encampadas a partir de 1890, culminando com a formação de um monopólio estatal para gerir a rede ferroviária, posteriormente privatizada.

Mesmo diante da dificuldade de uniformizar um conceito sobre o que é regulação, diversos autores já se imbuíram desta tarefa. A intervenção do Estado no domínio privado, ou seja, a regulação estatal, seria um subproduto de nossa realidade imperfeita e das limitações humanas.¹

¹ Barak Orbach, “What is Regulation?”, Yale Journal on Regulation Online, Vol. 30:1, 2012, pág. 10.

Em seu significado central, a regulação refere-se ao controle sustentado e focado exercido por uma agência pública sobre atividades valorizadas por uma comunidade, com esforços para manter padrões ou propósitos públicos, sem prejudicar indevidamente essas atividades valorizadas.²

Em geral, a regulação incide sobre atividades econômicas de relevante interesse público ou serviços públicos onde a intervenção estatal visa suprir as falhas de mercado, que no caso ferroviário, decorre de um monopólio natural, que pode ser corrigida com regulação, sobretudo a tarifária e com concorrência, sempre que possível.

Se faz necessário diferenciar a regulação estatal da autorregulação. A primeira é função pública de intervenção, que restringe, disciplina, promove e organiza iniciativas no âmbito econômico e o atingimento do interesse público. A segunda, é mecanismo de regulação por adesão e observância consensual de normas e padrões com vistas a preservar as condições ideais de uma atividade econômica.³

Em que pese a inspiração advinda do modelo norte americano, é necessário verificar se ele pode ser integralmente transportado para o setor ferroviário brasileiro ou se existem barreiras, que em alguma medida, impedem que isso ocorra.

O contexto histórico e a análise sistematizada da Lei nº 14.273, de 23 de dezembro de 2021 (“Lei das Ferrovias”), são vitais para compreendermos os dois modelos, o que nos propusemos a fazer no item 2, trazendo um panorama de como ocorreu o processo da regulação, desregulação e autorregulação do transporte ferroviário norte-americano.

No item 3, trazemos comentários sobre a autorregulação brasileira e suas delimitações, com foco especial na possibilidade ou não de coexistirem múltiplas entidades de autorregulação, além das vantagens e desvantagens desta multiplicidade.

No item 4, fizemos reflexões e sugestões para a criação de alguns critérios que a Agência Nacional de Transportes Terrestres deveria ter em conta para registrar uma entidade de autorregulação, visando contribuir com a discussão sobre a formatação do instituto da autorregulação ferroviária no Brasil.

No item 5, apresentamos nossa conclusão ao problema de pesquisa que esse artigo se propõe a responder: o ordenamento brasileiro permitiu o transporte integral do modelo norte-americano de autorregulação ferroviária?

² Philip Selznick, “Focusing Organizational Research on Regulation”, in R. G. Noll (ed.), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley, University of California Press, 1985, pág. 1.

³ Marques Neto, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, jan./mar. 2011. pág. 90

A metodologia descritiva visa mapear o fenômeno da regulação, desregulação e autorregulação das ferrovias norte-americanas, utilizando a interpretação jurídica histórica e teleológica. A metodologia comparativa visa responder se o modelo norte americano de autorregulação ferroviária pode ser integralmente aplicado no Brasil.

2 – REGULAÇÃO, DESREGULAÇÃO E AUTORREGULAÇÃO DO SETOR FERROVIÁRIO NORTE-AMERICANO

Desde a construção das primeiras linhas férreas, havia temores sobre a segurança do novo método de locomoção e vários acidentes culminaram com mortes durante a fase inicial. Conseqüentemente, houve a necessidade de regular o funcionamento dos trens e garantir a segurança do transporte.

As primeiras regulações ferroviárias norte-americanas ocorrem com o surgimento das agências estaduais para regular a segurança das pessoas transportadas, além de resolver as disputas entre as partes.

Nos Estados Unidos, o denominado período entusiástico (1830-1850) foi centrado nas ferrovias livres de interferências, no sentido de controlar as atividades. O período de competição acirrada (1850-1870) foi marcado por leis e regulamentos gerais e o período de combinação extensiva (1870-1890), marcado pela interferência estadual por meio de comissões⁴.

New Hampshire estabeleceu em 1844 o primeiro conselho nos Estados Unidos, mas a criação de outros conselhos estaduais foi acentuada no período de competição acirrada, como ocorreu nos estados de Connecticut em 1853, Vermont em 1855, Maine em 1858 e Ohio em 1867, com comissões para inspecionar e questionar a segurança das ferrovias⁵.

Nos 6 casos Granger⁶ decididos em 1877 pela Suprema Corte daquele país, restou reconhecida a regulação estadual sobre as ferrovias nos limites das suas fronteiras, possibilitando regular negócios privados afetados pelo interesse público.

⁴ Clark, Frederick C. State Railroad Commissions and How They May be Made Effective in American Economic Association, 1891, Vol. 6, No. 6, pág. 11.

⁵ Clark, Frederick C. Obra cit pág. 24.

⁶ Num cenário de muita hostilidade dos fazendeiros em relação às empresas ferroviárias, que se consideravam as proprietárias dos direitos adquiridos sob suas cartas e permissões, rechaçando qualquer interferência na operação e gestão das estradas de ferro, surgiu um movimento conhecido como Granger (1867-1870).

Um ano antes dos julgamentos, a Suprema Corte havia estabelecido um precedente importante no julgamento do Wabash case⁷ ao afirmar que o Congresso detinha competência exclusiva para regular o comércio interestadual.

A partir de 1870, alguns estados elaboraram novas constituições, contendo disposições semelhantes, no sentido de declarar que as ferrovias eram públicas e livres para acesso de todos, visando o transporte de pessoas ou cargas⁸.

A regulação interestadual do setor ferroviário norte-americano decorreu das complicações das regulações estaduais e seus efeitos sobre as ferrovias. Em 1887 foi aprovada a Lei do Comércio Interestadual, tornando as ferrovias o primeiro setor sujeito à regulamentação federal.

Surge, assim, a *Interstate Commerce Commission* (ICC), agência inicialmente competente para regular o transporte ferroviário interestadual, depois estendida para o setor de telecomunicações em 1910 por meio da chamada lei Mann-Elkins, sendo considerada a grande referência para a criação de outras agências reguladoras no mundo.⁹

As empresas ferroviárias viram com bons olhos a regulação interestadual em oposição à estadual, uma vez que as primeiras eram consideradas punitivas, restritivas e menos suscetíveis à influência das ferrovias.¹⁰

No início do século XX, o sistema ferroviário já estava cercado por problemas associados à inúmeros regulamentos, diretrizes e restrições ao compartilhamento de ferrovias, fusões, tarifas e rotas, o que estimulou as ferrovias em 1958 a pedirem à ICC que lhes concedesse maior liberdade para reduzir as tarifas¹¹.

O movimento de desregulação surge no contexto da transformação na relação entre Estado e mercados em razão dos custos e ineficiências regulatórias. Ele ganha tração no setor ferroviário com a Lei de Revitalização e Reforma Regulatória da Ferrovia de 1976 ("Lei 4-R"), permitindo que as ferrovias aumentassem e diminuíssem suas tarifas, dependendo do grau de concorrência, além de abandonar o serviço em rotas não lucrativas.

⁷ Wabash, St. Louis & Pacific Railway Company v. Illinois, 118 U.S. 557 (1886)

⁸ Clark, Frederick C. Obra cit. pág. 22.

⁹ Guerra, Sérgio. Agências Reguladoras. da organização administrativa piramidal à governança em rede 3. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. pág. 83.

¹⁰ Harberson, Robert W. Railroads and Regulation, 1877-1916: Conspiracy or Public Interest? The Journal of Economic History, Jun, 1967, Vol. 27, No. 2 (Jun. 1967), pág. 230 apud Kolko, Gabriel, Railroads and Regulation, 1877-1916. Princeton University Press, 1965, pág.

¹¹ Horwitz, Robert B. "Understanding Deregulation." *Theory and Society*, vol. 15, no. 1/2, 1986, pp. 155. *JSTOR*, <http://www.jstor.org/stable/657178>. Accessed 7 Oct. 2024.

No entanto, tanto o ICC quanto as ferrovias chegaram à conclusão de que as reformas da Lei 4-R foram inadequadas e ambas fizeram campanha por uma nova legislação.

A chamada *Staggers Rail Act* de 1980 (“Staggers Act”), criou uma zona livre de regulamentação, na qual as ferrovias poderiam aumentar ou diminuir suas tarifas anualmente, a simplificação dos procedimentos de abandono de serviços e um olhar mais favoravelmente para as fusões das ferrovias, resultando no aumento das receitas e lucros e culminando com o desmantelamento da ICC.

No cenário mundial, o movimento de desregulação ocorre na década de 1990, devido à percepção de que grande parte da atividade governamental diz respeito a bens privados onde os mercados deveriam ser lubrificados, em vez de o governo determinar diretamente o processo de alocação¹².

Apesar da inegável influência do *Staggers Act* sobre a Lei das Ferrovias, é necessário reconhecer que a desregulação das ferrovias nos Estados Unidos é fruto de um contexto histórico, sob pena de se realizar um equivocado *copy and paste* na construção do modelo brasileiro de autorregulação ferroviária.

O *Staggers Act* promoveu uma desregulação econômica ampla das ferrovias norte-americanas com a finalidade de remover restrições regulatórias e proporcionar maior flexibilidade para cobrança dos preços por meio de contratos entre a ferrovia e o cliente, adaptando o preço às necessidades dos clientes e preservação da saúde financeira das ferrovias.

O modelo de autorregulação norte-americano, admite a multiplicidade de entidades de autorregulação, assim como, a participação de associadas que não são operadoras ferroviárias, como ocorre, por exemplo, na *Association of American Railroads*, congregando diferentes categorias de membros.

No Brasil, não se operou uma desregulação econômica ampla como nos Estados Unidos, tendo sido delegado pela Lei das Ferrovias, apenas a possibilidade da autorregulação em questões técnicas-operacionais.

¹² Cooter, Robert and Ulen, Thomas, "Law and Economics, 6th edition" (2016). Berkeley Law Books. Book 2. Pág. 104, disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>

3 – AUTORREGULAÇÃO NO SETOR FERROVIÁRIO BRASILEIRO

Aqui, trata-se da autorregulação delegada que fez a transferência da competência regulatória da ANTT em questões técnico-operacionais para as operadoras ferroviárias, visando suprir falhas regulatórias.

Isso se justifica diante da assimetria de informação entre o Estado e o setor regulado em questões técnica-operacionais, a economicidade para o regulador com a fiscalização, e ainda, a possibilidade de minimizar conflitos e reduzir os custos de transação.

Isso justifica um alinhamento de incentivos entre o regulador e as operadoras ferroviárias, que poderão se associar a uma entidade que deve estar dotada de algum grau de coercitividade para sancionar ou excluir, mas que igualmente deverá incentivar e premiar suas associadas.

Conforme descrito no inciso II do artigo 3º da Lei das Ferrovias, o autorregulador ferroviário é a entidade associativa constituída pelas operadoras ferroviárias para gerenciar, mediar e dirimir questões e conflitos de natureza técnico-operacional.

De forma a evitar conflitos de competência entre a regulação e a autorregulação, o artigo 44 da Lei das Ferrovias tratou de delimitar bem o escopo da autorregulação.

“Art. 44. A autorregulação ferroviária compreende as seguintes funções:

I - Instituição de normas voluntárias de padrões exclusivamente técnico-operacionais da execução do transporte ferroviário, notadamente no que se refere à via permanente, aos sistemas de segurança e ao material rodante, visando à maximização da interconexão e da produtividade ferroviárias;

II - Conciliação de conflitos entre seus membros, excetuados os de ordem comercial;

III - coordenação, planejamento e administração em cooperação do controle operacional das malhas ferroviárias operadas pelos membros do autorregulador ferroviário;

IV - Autorregulação e coordenação da atuação dos seus membros para assegurar neutralidade com relação aos interesses dos usuários;

V - Solicitação ao órgão regulador de revogação e de alteração de normas incompatíveis com a eficiência ou com a produtividade ferroviárias;

VI - Articulação com órgãos e com entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para conciliação do uso da via permanente de seus membros com outras vias terrestres e com os demais modos de transporte”

O artigo 46 da Lei das Ferrovias prevê que o autorregulador ferroviário fica submetido à supervisão do regulador ferroviário. Contudo, para que a autorregulação não seja *ficta*, o parágrafo único constituiu uma estrutura de prevalência da autorregulação, ao prever que a interferência da ANTT em temas técnico-operacionais das ferrovias seja a exceção, dando um caráter subsidiário ou supletivo.

“Art. 46. Nos termos da regulamentação, o autorregulador ferroviário fica submetido à supervisão do regulador ferroviário, a quem cabe resolver as contestações e decidir os conflitos ferroviários.

Parágrafo único. A regulação de temas técnico-operacionais da operação das ferrovias deve ser reservada à autorregulação, constituindo exceção a interferência do regulador ferroviário”.

De nada adiantaria delegar as questões técnico-operacionais para o autorregulador, se as entidades não estiverem aptas a exercer o seu mister de forma autônoma, responsável e colaborativa, e se o regulador não estiver disposto a criar as condições necessárias para o desenvolvimento da autorregulação, limitando sua intervenção aos casos estritamente necessários.

A legislação brasileira tratou de limitar a participação nas entidades de autorregulação às operadoras ferroviárias, em razão do conceito instituído na mesma lei, que as conceitua como sendo a pessoa jurídica outorgada para concomitante realizar a gestão da ferrovia e a operação de seu transporte ferroviário.

Assim, excluídas de plano na lei estão os operadores ferroviários independentes e outras associações nacionais atuantes ou não no setor ferroviário, repelindo nesse ponto, o modelo norte-americano de autorregulação, calcado na diversidade associativa ilimitada.

O modelo estadunidense de autorregulação ferroviária opera por meio da pluralidade de entidades, onde participam não apenas as ferrovias e *shortlines*, como associações técnicas e comerciais interessadas no transporte ferroviário.¹³

¹³ Pinheiro Sampaio, P. R., & Lopes Batista, C. (2023). Perspectivas para a Criação do Autorregulador Ferroviário: Considerações à Luz da Experiência dos Eua. Revista Brasileira De Transportes, 3(1), pág. 141. <https://doi.org/10.12660/rbt.v3n1.2023.89587>

Alguns autores sugerem que a Lei das Ferrovias autorizaria apenas uma entidade autorreguladora, com base na interpretação literal do § 1º do art. 3º daquele diploma legal, repelindo o modelo americano nesse ponto¹⁴.

Ao nosso ver, a Lei das Ferrovias não tem como objetivo limitar a organização da autorregulação ferroviária à uma única entidade, diante de uma interpretação sistematizada e princípios esculpados na lei.

O artigo 5º dispõe que a exploração econômica de ferrovias deve seguir, dentre outras diretrizes, o estímulo à concorrência intermodal, incluindo os regimes público e privado, bem como o transporte por agente transportador ferroviário.

Portanto, se o espírito da Lei das Ferrovias seguiu na direção ao estímulo da competição intramodal, é difícil crer que o estímulo do poder público à autorregulação se daria em relação à criação de uma única entidade, ou ainda, admitir que o legislador fez um *trade-off*, quebrando o monopólio do transporte, mas estabelecendo um monopólio da autorregulação.

A multiplicidade de entidades pode ocorrer por diversas razões, como por exemplo, propósitos diferentes entre as ferrovias sob concessão e autorização¹⁵, ou ainda, pelo dissenso entre as operadoras ferroviárias exploradas sob o mesmo regime, induzindo a criação de mais de uma entidade de autorregulação.

Assim, passamos a analisar as vantagens e desvantagens da multiplicidade. Por vezes, a competição entre entidades pode trazer benefícios, como por exemplo, estimular a adoção de boas práticas de governança para tentar atrair mais signatários e um rigoroso controle do compliance para manutenção da sua reputação perante o setor ferroviário.

A competição também pode estimular o desenvolvimento de novas tecnologias, e as entidades de autorregulação competirem por recursos disponíveis para o desenvolvimento tecnológico, que as operadoras ferroviárias em regime público são obrigadas a destinar anualmente.

Outra vantagem seria dificultar que uma única entidade de autorregulação possa produzir normas que criem barreiras à entrada de outras operadoras ferroviárias, como

¹⁴ Souza, Márcia Cristina Theodoro Rodrigues de. O instituto da autorregulação no setor ferroviário brasileiro de cargas: um modelo institucional possível – 2024, pag. 132.

¹⁵ Quintella, Marcus in Revista Ferroviária, edição julho/agosto 2023, disponível em <https://revistaferroviaria.com.br/2023/09/autorregulacao-ferroviaria/>

por exemplo, só admitir as operadoras ferroviárias que transportem um volume mínimo de cargas por ano ou cujo as malhas tenham uma extensão mínima.

Para que haja efetividade na atividade regulatória, as entidades devem ser de algum modo centralizadas e dotadas de unicidade no sistema regulado. A pluralidade exacerbada tende a tornar a autorregulação ineficaz.¹⁶

A multiplicidade de entidades de autorregulação sem um controle efetivo pode, ao invés de diminuir, resultar no aumento da assimetria de informação e dos custos de transação em questões técnicos-operacionais.

Um exemplo disso seria uma operadora ferroviária associada a entidade X necessitando ingressar em direito de passagem na malha da operadora ferroviária associada a entidade Y, tendo que cumprir com uma gama de normas expedidas pelas duas entidades, culminando em um revés à esperada maximização da capacidade operacional e produtividade das malhas.

Também num cenário de múltiplas entidades de autorregulação, diversos conflitos podem emergir diante dos diferentes padrões estabelecidos, ou ainda, diante de padrões contraditórios, se não houver um mecanismo de harmonização entre as entidades.

Outra desvantagem que vislumbramos está relacionada com o papel da ANTT de supervisionar a autorregulação ferroviária, diante das conhecidas limitações orçamentárias e do quadro pessoal daquela Agência Reguladora, tornando o múnus da supervisão, quando necessária, mais cara.

4 – REQUISITOS PARA O REGISTRO DAS ENTIDADES DE AUTORREGULAÇÃO

O regulador deve criar requisitos para realizar o registro das entidades autorreguladoras. Em teoria, poderíamos assistir o surgimento de múltiplas entidades compreendendo: (i) entidades autorreguladoras que congreguem as operadoras ferroviárias de cargas e passageiros em operação e as não operacionais; (ii) entidades autorreguladoras que congreguem apenas as operadoras ferroviárias em operação; (iii) entidades autorreguladoras que congreguem apenas as ferrovias não operacionais.

¹⁶ Marques Neto, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação estatal e autoregulação na economia contemporânea. Revista de Direito Público da Economia, v. 9, n. ja/mar. 2011, p. 94, 2011.

No Brasil existem 17 concessões¹⁷ e 45 autorizações de ferrovias outorgadas, e numa conclusão precipitada, poderia se afirmar que todas as operadoras ferroviárias estariam aptas a se associar numa entidade de autorregulação.

Contudo, 23% das concessões e 100% das autorizações não são operacionais e muitas dessas “operadoras ferroviárias” jamais estarão aptas para realizar o deslocamento de cargas ou passageiros por meio da utilização de material rodante sobre a via férrea.

A lei evidencia uma impropriedade ao conceituar todas as ferrovias outorgadas como operadoras ferroviárias. Uma ferrovia outorgada poderá tornar-se operadora no futuro, mas ainda não o é, até que possua capacidade técnica de realizar o controle e a execução do tráfego ferroviário.

A lei deveria ter incluído um outro conceito para designar as pessoas jurídicas outorgadas e aptas a implantar novos trechos ferroviários, pois se não existe uma via férrea e o seu sistema de sinalização implantados, o conjunto de atividades descrito no inciso XI do artigo 3º da Lei das Ferrovias é mera ficção.

No mesmo sentido é o compartilhamento da malha. Ora, se a autorregulação ferroviária brasileira visa a instituição de normas voluntárias de padrões exclusivamente técnico-operacionais para execução do transporte ferroviário, notadamente, no que se refere à via permanente, aos sistemas de segurança e ao material rodante, qual seria a razão de se permitir entidades de autorregulação compostas exclusivamente por “operadoras ferroviárias” ainda não operacionais?

Apesar de defendermos a possibilidade de múltiplas entidades de autorregulação, numa visão pragmática, somos da opinião de que para ter alguma utilidade, a entidade deve preencher três requisitos concomitantes: (i) ser composta majoritariamente por operadoras ferroviárias que operam e compartilham suas malhas; (ii) possuir mecanismos de *enforcement* para seus membros; e (iii) possuir mecanismos de resolução de conflitos no caso de múltiplas entidades.

Sem isso, poder-se-ia permitir a criação de múltiplas entidades de autorregulação estéreis, sem qualquer utilidade prática para a segurança e eficiência no tráfego ferroviário, sob a equivocada justificativa de que isso seria estimular a autorregulação.

¹⁷ Estrada de Ferro Paraná Oeste S.A., Ferrovia Centro-Atlântica S.A. (FCA), Ferrovia Norte Sul Tramo Norte (FNSTN), Ferrovia Norte Sul Tramo Central (FNSTC); Ferrovia Tereza Cristina S.A. (FTC), Transnordestina Logística S.A., Ferrovia Transnordestina Logística S.A., MRS Logística S.A. (MRS), Ferrovia Norte Sul Tramo Central (FNSTC), Estrada de Ferro Vitória a Minas (EFVM); Estrada de Ferro Carajás (EFC), Rumo Malha Paulista S.A (RMP), Rumo Malha Oeste S.A (RMO), Rumo Malha Sul S.A. (RMS), Rumo Malha Norte S.A. (RMN); Ferrovia de Integração Oeste Leste (FIOL 1); Ferrovia Norte Sul-Oeste Leste (FIOL 2) e Ferrovia de Integração Centro Oeste (FICO).

Não se deve admitir a proliferação de entidades reguladoras que congreguem apenas operadoras ainda não operacionais ou que não compartilham suas malhas, sob pena de tornar a autorregulação ferroviária, delegada por lei, num instituto inoperante e ineficaz para resolver as falhas da regulação.

Por outro lado, parece ser lógico que as operadoras ferroviárias em operação tenham interesse em associar-se para estabelecerem por meio de uma entidade, as regras para a segurança e eficiência do compartilhamento da malha.

Também nos parece lógico que do ponto de vista do interesse público, o estímulo à autorregulação pelo poder público, deve observar princípios como finalidade, eficiência e proporcionalidade, já que estamos falando do uso de recursos públicos para que a ANTT exercer esse múnus.

No mesmo sentido, existe a possibilidade de aplicação de recursos públicos para o desenvolvimento tecnológico do setor em parceria com entidades de autorregulação ferroviária, conforme previsto no inciso I do artigo 18 da Lei das Ferrovias.

Esse é mais um justo motivo que aponta na direção da racionalização no estímulo à criação de entidades de autorregulação, cujo as associadas possuam reconhecido *know-how* em operação ferroviária, contribuindo assim, com a pesquisa, o desenvolvimento e a inovação no setor ferroviário.

No mais, diante da incerteza de como se dará essa supervisão pelo regulador, se de forma realmente subsidiária ou intervencionista, é recomendável que se crie entidades autônomas, compostas por técnicos especialistas em operação ferroviária.

Contudo, as operadoras ferroviárias teriam que incorrer em custos adicionais para a criação e manutenção de entidades constituídas exclusivamente com a finalidade de executar a autorregulação, e na prática, tenderão a adensar as atividades de *advocacy* e da autorregulação numa mesma entidade associativa.

5 – AS RECENTES CRÍTICAS AO INSTITUTO DA AUTORREGULAÇÃO

O instituto da autorregulação se justifica por três critérios¹⁸: (i) a atividade é afetada por alguma falha de mercado; (ii) os instrumentos legais são inadequados ou

¹⁸ Ogus, Anthony. Rethinking Self-Regulation. In: Oxford Journal of Legal Studies, vol.15, pág. 97, spring, 1995.

custosos para corrigir a falha; (iii) a autorregulação se apresenta como o melhor método para resolver o problema do que a regulação estatal convencional.

Especialmente no setor ferroviário, a autorregulação pode trazer alguns benefícios diretos e indiretos para as operadoras ferroviárias que optarem por se associar a uma entidade. Os benefícios diretos são aqueles relacionados com a segurança da atividade de transporte e redução dos acidentes ferroviários.

Os benefícios indiretos estão relacionados com a reputação das operadoras ferroviárias. Quando possível, o usuário tende a escolher um transportador para a sua carga que sabidamente adere à rígidos padrões de segurança e manutenção, resultando em eficiência no deslocamento da carga.

Além disso, a contratação dos seguros por operadoras ferroviárias associadas às entidades de autorregulação tende a ser mais barato, porque as seguradoras poderão entender que os riscos de acidentes são mitigados em razão dos padrões de segurança exigidos.

Em teoria, a adesão voluntária à autorregulação aos padrões estabelecidos pelas entidades induz a uma maior adesão ao cumprimento das normas. Contudo, esses padrões mais flexíveis devem ser revistos pela entidade de autorregulação sempre que necessário.

A desregulação das ferrovias norte-americanas foi bem-sucedida, no sentido estrito de garantir o sucesso financeiro, mas tem apresentado falhas em outros sentidos, como acesso e segurança.

A principal entidade de desenvolvimento de padrões de autorregulação, produz o Manual de Padrões e Práticas Recomendadas e a conformidade é imposta por meio de contrato privado. A entidade diz manter um eficiente programa de inspeção de aderência aos seus padrões, o que é vital para que uma entidade de autorregulação possa exercer plenamente o seu papel.

Contudo, o tom das críticas à efetividade da autorregulação ferroviária nos Estados Unidos aumentou bastante depois de uma série de acidentes, incluindo o descarrilhamento do trem de carga em fevereiro de 2023 em East Palestine, Ohio, com a liberação e queima do cloreto de vinila e evacuação de cerca de 2.000 residentes da cidade.

Segundo o *National Transportation Safety Board* (“NTSB”), a causa do descarrilhamento foi a falha do rolamento L1 no 23º vagão que superaqueceu e fez com

que o eixo se separasse, descarrilando o trem e levando ao incêndio e o uso do vagão-tanque DOT-111 que foi perfurado durante o descarrilamento¹⁹.

Com a repercussão deste acidente, as autoridades ficaram pressionadas e tiveram que dar uma resposta à sociedade. O NTSB emitiu recomendações para abordar questões de segurança e chegou a questionar a lógica da autorregulação na indústria ferroviária.

Dentre elas, que a entidade de autorregulação desenvolvesse um banco de dados de falhas e substituições de rolamentos e a revisão do Manual de Padrões e Práticas Recomendadas, M-1002, que trata sobre as especificações para vagões-tanque.

O Congresso americano reagiu com a propositura da Lei de Segurança Ferroviária no Senado e a Lei de Melhoria da Segurança Ferroviária na Câmara dos Representantes,²⁰ sob a justificativa de que a regulamentação estatal é automaticamente a solução para os desafios da segurança ferroviária.

É natural que as autoridades adotem discursos inflamados contra o instituto da autorregulação, mas é preciso adotar cautelas para evitar impactos negativos decorrentes de ferramentas contundentes e desassociadas da prática operacional.

É preciso compreender que a maioria dos avanços em segurança ocorre voluntariamente no setor, onde os incentivos econômicos e reputacionais são poderosos motivadores de segurança.

6 – CONCLUSÃO

O sucesso da autorregulação dependerá de como será estruturada a entidade e o relacionamento com seus membros, além da existência de sólidos instrumentos de *compliance/enforcement* e supervisão adequada.

A Lei das Ferrovias fez a opção de limitar a participação nas entidades de autorregulação apenas às operadoras ferroviárias, repelindo neste ponto, o modelo norte-americano de pluralidade de agentes envolvidos no setor ferroviário, o que não impede que o autorregulador se utilize da cooperação técnica de outras entidades.

¹⁹ Disponível em <https://www.nts.gov.br/investigations/Documents/East%20Palestine%20Ohio%20Board%20Meeting%20Summary%20with%20Amendments.pdf>

²⁰

Disponível

em

<https://www.rtands.com/track-construction/track-structure/u-s-senator-introduces-legislation-to-strengthen-oversight-of-railroad-bridge-safety/>

A autorregulação com a participação de não operadoras ferroviária é possível nos moldes do que ocorre nos Estados Unidos, contudo, essa entidade não deverá ser reconhecida como delegatária pela Lei das Ferrovias e não deverá estar sujeita à supervisão pelo regulador.

No mais, o conceito legal de operadora ferroviária merece reparo, na medida em que, a lei, deveria considerar como operadoras ferroviárias somente as pessoas jurídicas outorgadas que efetivamente realizem as atividades de transporte e gestão da infraestrutura ferroviária.

No que tange à multiplicidade de entidades autorreguladoras, entendemos que a lei não limitou a criação de uma única entidade, mas o regulador precisa estabelecer os requisitos para o registro das entidades, como por exemplo, a associação de operadoras ferroviárias que efetivamente operam e compartilham suas malhas e que possuam reconhecido *know-how* para exercer a delegação prevista em lei.

A autorregulação ferroviária de natureza técnico-operacional é uma excelente alternativa para contribuir com a segurança e o aumento da produtividade do transporte ferroviário, podendo mitigar conflitos entre as operadoras ferroviárias.

Não obstante, a criação de inúmeras entidades sem a expertise necessária, impondo diferentes padrões técnico-operacionais para o subsistema ferroviário, pode resultar no aumento dos custos de transação.

É preciso que o regulador realmente atue de forma subsidiária nos temas autorregulados e respeite o *enforcement* imposto pelas entidades sobre os padrões aderidos e não observados, além de deixar a cargo dessas entidades a elaboração dos mecanismos de harmonização em caso de conflitos entre as múltiplas entidades de autorregulação.

Referências Bibliográficas

Barak Orbach, "What is Regulation?", *Yale Journal on Regulation Online*, Vol. 30:1, 2012, pág. 10.

Clark, Frederick C. *State Railroad Commissions and How They May be Made Effective in American Economic Association*, 1891, Vol. 6, No. 6, pág. 11, 22 e 24.

Cooter, Robert and Ulen, Thomas, "Law and Economics, 6th edition" (2016). Berkeley Law Books. Book 2. Pág. 104, disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>

Guerra, Sérgio. *Agências Reguladoras; da organização administrativa piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte. Fórum, 2023, págs. 83.

Harberson, Robert W. *Railroads and Regulation, 1877-1916: Conspiracy or Public Interest?* *The Journal of Economic History*, Jun, 1967, Vol. 27, No. 2 (Jun. 1967), pág. 230 apud Kolko, Gabriel, *Railroads and Regulation, 1877-1916*. Princeton University Press, 1965, pág.

Horwitz, Robert B. "Understanding Deregulation." *Theory and Society*, vol. 15, no. 1/2, 1986, pp. 155. *JSTOR*, <http://www.jstor.org/stable/657178>. Accessed 7 Oct. 2024.

Selznick, Philip "Focusing Organizational Research on Regulation", in R. G. Noll (ed.), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley, University of California Press, 1985, pág. 1.

Marques Neto, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e autoregulação na economia contemporânea*. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 9, n. ja/mar. 2011, p. 90 e 94, 2011.

Ogus, Anthony. *Rethinking Self-Regulation*. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.15, pág. 97, spring, 1995.

Pinheiro Sampaio, P. R., & Lopes Batista, C. (2023). *Perspectivas para a Criação do Autorregulador Ferroviário: Considerações à Luz da Experiência dos Eua*. *Revista Brasileira De Transportes*, 3(1), pág. 132

Souza, Márcia Cristina Theodoro Rodrigues de. *O instituto da autorregulação no setor ferroviário brasileiro de cargas: um modelo institucional possível – 2024*, pag. 132.

Quintella, Marcus in *Revista Ferroviária*, edição julho/agosto 2023, disponível em <https://revistaferroviaria.com.br/2023/09/autorregulacao-ferroviaria/>