

REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA NO TRANSPORTE FERROVIÁRIO BRASILEIRO: O NOVO MODELO PROPOSTO PARA O SETOR

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Professora da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas

Pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e Economia – CPDE/FGV Direito Rio

Doutora e mestre em Direito pela USP

Patricia.pinheiro@fgv.br

Mariam Tchepurnaya Daychoum

Mestranda pelo Instituto de Economia da UFRJ

Pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e Economia – CPDE/FGV Direito Rio

Mariam.daychoum@fgv.br

RESUMO

Este estudo aborda, à luz da teoria econômica e jurídica, o modelo institucional do transporte ferroviário de cargas no Brasil, no que concerne às formas de concorrência intramodal adotadas pela regulação setorial. Atualmente prima-se pelo tráfego mútuo como regra e o direito de passagem de forma subsidiária. Há um movimento em curso em direção à desverticalização do sistema. Dessa forma, o trabalho discute o atual estágio do modelo de segmentação setorial proposto pelo governo federal brasileiro, apresentando algumas considerações críticas.

Palavras-chave: ferrovias – política pública – regulação – concorrência intramodal – desverticalização

ABSTRACT

This study addresses the institutional model of railway freight transport in Brazil regarding the intramodal competition promoted by regulation, considering economic and legal theory. Currently the mutual traffic is the general rule and the open access applies on a subsidiary position. However, there is a movement towards unbundling the market. This paper discusses the current stage of the unbundling model proposed by the Brazilian federal government, outlining some critical considerations.

Key words: railways – public policy – regulation – intramodal competition – unbundling

1. Introdução

O sistema de transporte ferroviário constitui uma estrutura de mercado pertencente à classe dos monopólios naturais, com a infraestrutura organizada em rede física e contínua. Os setores assim estruturados caracterizam-se por elevados custos fixo e a fundo perdido, com grandes economias de escala e escopo, e necessidade de elevada escala mínima de eficiência para viabilização da atividade. Essas circunstâncias impedem que a concorrência, em seu sentido mais tradicional, seja ali instaurada, pois não se mostra economicamente viável a duplicação da infraestrutura. Entretanto, a depender da política regulatória adotada pelo Estado, pode-se instalar a concorrência em alguns aspectos da atividade.

Trata-se de um modal terrestre mundialmente utilizado para o escoamento de produção, sendo especialmente indicado para o percurso de grandes distâncias. Apresenta maior eficiência quanto à capacidade de transporte de carga, no que concerne ao volume, quando em comparação com o transporte rodoviário¹, e é conhecidamente um meio mais barato e menos poluente.²

Todavia, no Brasil, o transporte ferroviário tem sua participação na indústria muito negligenciada, consequência de decisões históricas que privilegiaram o modal rodoviário.³ Hoje, o escoamento de produção do país é majoritariamente feito por caminhões.

Como uma primeira tentativa de atrair investimentos privados para recuperação da infraestrutura, nos anos 90 o setor passou por um processo de desestatização, tendo a gestão e operação das malhas existentes sido transferidas à iniciativa privada. Mais recentemente, o Governo Federal tem demonstrado preocupação com os custos (financeiros e ambientais) envolvidos no atual matriz de transporte de cargas. Avaliando a economicidade auferida pelo transporte por ferrovias, apresentou à sociedade o Programa de Investimento em Logística - PIL: rodovias e ferrovias. Inserido no bojo do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, apresenta investimentos esperados da ordem 99 bilhões de reais em 11 mil km de vias férreas.⁴

Considerando a importância do tema para o desenvolvimento econômico do país, este trabalho tratará do setor ferroviário sob a perspectiva regulatória e concorrencial. Compreenderá a análise do modelo institucional adotado pelo Brasil no que concerne à implementação de concorrência intramodal, bem como discutirá o novo modelo de expansão do setor previsto no PIL, focado na viabilização da concorrência intramodal, isto é, dentro do setor do ferroviário. Dessa forma, o artigo discutirá a possibilidade de adoção de modelos institucionais que visem conferir maior competitividade ao transporte ferroviário como, por exemplo, a desverticalização do mercado (ou *unbundling*), de modo a separar os segmentos da indústria que comportam concorrência daqueles que genuinamente constituem monopólios naturais.

Os modelos institucionais que possibilitam a concorrência no transporte ferroviário já são conhecidos pela doutrina jurídica e econômica e podem aparecer nas roupagens de tráfego mútuo, direito de passagem e desintegralização vertical da atividade. O surgimento desses modelos acompanhou a evolução do pensamento jurídico-econômico que, atualmente, propugna a possibilidade de se conferir concorrência via regulação a setores classicamente monopolizados.

Nossa hipótese de investigação consiste em que as mudanças na regulação setorial que estão sendo consideradas pelo governo brasileiro se distanciam do modelo que foi utilizado para a desestatização do setor, nos anos 90, visando, em tese, a expansão da rede e ao aumento da competitividade. No entanto, o modelo apresenta desafios, ao estabelecer a

¹ A página virtual do Ministério dos Transportes traz as características de cada modal de transporte utilizado no Brasil. Enquanto o Ministério caracterizou o modal rodoviário como tendo “baixa capacidade de carga com limitação de volume e peso”, para o modal ferroviário destacou sua “grande capacidade de carga”. Modal rodoviário disponível em: <http://www2.transportes.gov.br/bit/02-rodo/rodo.html>; e modal ferroviário disponível em: <http://www2.transportes.gov.br/bit/03-ferro/ferro.html>. Acesso em: 14.04.2014.

² PASTORI elaborou um comparativo interessante entre o modal ferroviário e rodoviário quanto à capacidade de carga transportada em relação ao metro cúbico de diesel utilizado, concluindo que para cada m³ de litro de diesel, o modal ferroviário consegue transportar dezesseis vezes mais toneladas de mercadorias que o transporte rodoviário. Desse simples dado concluímos facilmente que o transporte realizado via ferrovia emitirá menos CO₂ para a mesma quantidade de carga transportada via rodovia. Além de ser mais barato, já que emprega menos combustível para a realização da atividade. (2010, pp. 321 – 352).

³ “Atualmente a malha ferroviária é responsável por aproximadamente 23% do transporte de carga no Brasil, enquanto o padrão internacional para países de dimensões continentais é de 40%, chegando a passar de 80% na Rússia.” (NARCISO DE LACERDA; SCHIPMANN DE LIMA, 2005, p. 33).

⁴ Disponível em: <http://www.logisticabrasil.gov.br/ferrovias2> Acesso em: 14.04.2014.

compra da integralidade da oferta de capacidade das ferrovias por uma empresa estatal (a VALEC), que atuará em posição intermediária entre o operador da malha ferroviária e o seu usuário (dono da carga), e cujo principal papel é o de neutralização dos riscos de demanda do investidor nas novas malhas. Será comentado, inclusive, que o novo modelo tem suscitado dúvidas quanto à natureza jurídica do contrato que será firmado com o gestor das novas malhas.

Expostas essas considerações iniciais, o trabalho tomará a seguinte forma: primeiramente apresentaremos os aspectos concorrenciais intrínsecos ao setor ferroviário, destacando o motivo pelo o qual merece foco o debate em torno da concorrência intramodal. Após, analisaremos o modelo institucional decorrente do processo de desestatização dos anos 90 e o momento de criação Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Em seguida, discutiremos o acesso à infraestrutura ferroviária a partir de três possíveis modelos: o tráfego mútuo, o direito de passagem e a desverticalização da atividade, observando o grau de concorrência intramodal promovido por cada. Por fim, discorreremos sobre as mudanças de marco regulatório que estão em vias de implementação e, então, apresentaremos nossas análises e conclusões.

2. O setor ferroviário e a concorrência intermodal e intramodal

Como visto, o setor ferroviário é historicamente reconhecido como sendo um monopólio natural: dados os elevados custos afundados e as economias de escala, não se mostra economicamente eficiente, no mais das vezes, haver duas linhas férreas construídas paralelamente, ligando os mesmos pontos de origem e destino.⁵

No entanto, constrictões como essa dão ensejo a preocupações concorrenciais, especialmente em um cenário de ausência de regulação. Foram problemas concorrenciais e de restrição ao comércio no transporte ferroviário interestadual que levaram à criação, em 1887, daquela que é considerada historicamente a primeira dentre as agências reguladoras: a *Interstate Commerce Commission – ICC*, nos Estados Unidos.

Ainda assim, a existência da ICC não impediu que no início do século XX fosse julgado o *leading case* sobre recusa de contratar envolvendo instalações essenciais ferroviárias. Trata-se do caso *Terminal Railroad Association*, no qual a associação de empresas que controlava a ponte pela qual passava uma linha férrea e as instalações para transferência e estocagem de produtos próximas ao Rio Mississippi, foi condenada por infração ao direito antitruste e obrigada a compartilhar essa infraestrutura com outras ferrovias.

O caso foi decidido com base no §1º do Sherman Act, pois envolvia um acordo entre os controladores da ponte e das instalações, o qual foi considerado ilegal por seus efeitos de restrição ao comércio. De acordo com a Suprema Corte, teriam restado provados (i) o intuito manifesto de monopolizar as instalações em favor da associação; (ii) a dificuldade de construção de uma via alternativa, em razão dos custos e condições geográficas; e (iii) o impacto de tal restrição sobre o comércio interestadual, pois as exigências que vinham sendo formuladas aos agentes econômicos não-associados se apresentariam discriminatórias, excessivas e injustificadas.

A decisão acima mostra que práticas anticompetitivas por parte de detentores de infraestrutura essencial podem ser bastante deletérias à viabilização de opções efetivas aos donos de carga, ou seja, à existência de competição no serviço de transporte ferroviário.

No que tange aos serviços de transporte, uma característica inicial merece consideração. Em tese, a concorrência no transporte de cargas pode se dar de duas formas: a

⁵ Um interessante estudo mostrando como a passagem de um modelo de mercado puramente concorrencial para uma regulação substantiva contribuiu para uma maior eficiência no transporte ferroviário, na Inglaterra do século XIX, é apresentado por (FOREMAN-PECK, 1987).

intermodal e a intramodal. A primeira enfatiza a competição entre distintos meios de transporte (ferroviário, rodoviário e marítimo, por exemplo). A segunda confere relevância à concorrência dentro do mesmo setor de logística.

Nesse aspecto, é interessante notar que a doutrina e a jurisprudência do CADE observam a possibilidade de o setor experimentar competição tanto intermodal como intramodal.⁶ Todavia, a concorrência intermodal apresenta limitações significativas. Cargas de baixo valor agregado e a longas distâncias não se tornam competitivas quando transportadas pelo modal rodoviário. Por essa razão, questões de acesso à malha ferroviária despertaram, ao longo do tempo, preocupações concorrenciais por parte das autoridades antitruste.

Dessa forma, nos casos envolvendo transporte ferroviário, a análise do mercado relevante deve levar em consideração se se trata de mercadoria cativa do modal ferroviário ou de mercadoria não-cativa (ou seja, que pode ser transportada, de forma economicamente viável, por dois ou mais modais). Quando as mercadorias possuem alto valor agregado e serão transportadas a distâncias relativamente pouco extensas, a concorrência intermodal pode ser bastante efetiva.⁷

Outras vezes, duas ferrovias distintas podem ser vistas como substitutas na logística de escoamento de determinada produção e, assim, ser consideradas integrantes de um mesmo mercado relevante. Veja-se que, nessa situação, tem-se uma concorrência intramodal, porém entre duas linhas férreas distintas; ou seja, não se trata de competição via uso simultâneo, por distintos atores, da mesma malha.

Nessa linha, em ato de concentração no qual se pedia a aprovação de ato de concentração em que duas malhas ferroviárias distintas passariam a estar sob o mesmo controle, o Conselheiro Luis Fernando Schuartz afirmou: *“A questão da existência ou não de concentração horizontal resultante do ato notificado é, não obstante, mais complexa do que as reiteradas referências à suposta característica de monopólio natural da atividade de transporte ferroviário sugerem à primeira vista, dada a possibilidade aparente de utilização das malhas ferroviárias distintas para exportação de determinados produtos que trafegam pela ferrovia, notadamente a soja e seus derivados. Do fato de cada ferrovia possuir um traçado próprio, não se pode inferir necessariamente que inexistem relação de competição entre as malhas, pois as condições – incluindo as comerciais – vigentes para o transporte de um determinado ponto de origem a um determinado ponto de destino podem ser tais que façam duas ou mais ferrovias aparecerem, para um conjunto não desprezível de demandantes, como canais de transporte substituíveis entre si.”*

O Conselheiro Relator destacou, no caso acima narrado, a potencialidade de preocupações tanto horizontais quanto verticais. No que tange à concentração horizontal, essa

⁶ Na visão de Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, “o setor ferroviário foi aquele em que a regulação mais confiou na competição – em especial na competição intermodal, com os transportes rodoviário, aquaviário e dutoviário – para proteger os usuários e facilitar a atuação do regulador. Apenas os clientes cativos, que não dispõem de meios alternativos de transporte com custos razoáveis, mostraram precisar de proteção do regulador. O resultado tem sido predominantemente positivo, dada a prevalência do transporte rodoviário no Brasil, observando-se significativos aumentos de produtividade e a reabilitação de partes críticas da malha ferroviária”. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 334)

⁷ Nesse sentido, observou a Conselheira Hebe Romano em ato de concentração ocorrido no setor ferroviário: “Em relação as barreiras à entrada, dadas as características do negócio em que são elevados os investimentos fixos e os custos irreversíveis (*sunk costs*), neste ponto são consideradas elevadas. Normalmente as ferrovias são consideradas como monopólio natural. Este monopólio só será possível no setor de minério, onde existem as cargas de exclusividade da ferrovia, como por exemplo, a bauxita. Os outros modais podem realizar o serviço de transporte de longa distância. Portanto, não considero relevante as barreiras à entrada no mercado de transporte de longa distância para a maioria dos produtos que se utilizam dos serviços da Malha Paulista, conforme entendimento da SEAE.” (AC 08012.009666/98-00, j. em 23.02.2000, Relatora Conselheira Hebe Romano). Ver também ato de concentração 08012.003281/2001-14, j. em 21.05.2003, Relator Conselheiro Cleveland Prates.

decorreria de que, para alguns exportadores, as ferrovias operadas pelas Requerentes, até então de forma autônoma, poderiam ser consideradas concorrentes na logística de escoamento da produção para fins de exportação, tendo por porta de saída os portos de Santos ou Paranaguá. Haveria, ainda, questões de natureza vertical, pois uma das sócias das concessionárias das ferrovias também participava do capital de indústrias exportadoras, o que poderia, em tese, incentivar práticas de discriminação e aumento dos custos dos rivais. Além disso, essa sócia também participava de empresas atuantes no transporte rodoviário de cargas, o que poderia incentivá-las a adotar mecanismos de integração da logística ferrovia-rodovia, com práticas tendentes a incrementar os custos das transportadoras independentes.⁸

Na referida decisão, foi reconhecida a relevância de se proceder à análise antitruste, apesar de o mercado de transporte ferroviário de cargas já ser, em si, objeto de regulação setorial pela União Federal (anteriormente, pelo Ministério dos Transportes e, atualmente, pela ANTT) e considerado, recorrentemente, monopólio natural. Assim, foram impostas restrições à aprovação da operação, formalizadas em Termo de Compromisso de Desempenho, no qual as Requerentes se obrigaram, dentre outras medidas, a metas para alcance das eficiências pretendidas com a operação, restrições comportamentais visando à redução do risco de adoção de condutas discriminatórias dos rivais nos mercados de logística e transporte ferroviário (tais como divulgação dos indicadores médios de desempenho, publicidade dos preços praticados para operações acessórias à prestação do serviço ferroviário, publicidade da política de descontos).

No setor ferroviário, observa-se que em diversas situações o titular de uma carga mostra-se cliente cativo da ferrovia, pois não dispõe de alternativas ao escoamento da sua produção. Ilustrando as preocupações concorrenciais que podem advir da exploração de ferrovias nessas situações, merece menção que já houve um processo administrativo no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), no qual as autoridades brasileiras investigaram se uma mineradora que também era concessionária do transporte ferroviário que atendia a uma determinada mina discriminava preços e condições do serviço em relação à concorrente, mediante (i) a exigência de exclusividade no uso da ferrovia; e (ii) por cobrar um preço superior para a quantidade de produto movimentado que ultrapassasse 8,5 milhões de toneladas/ano.

O caso terminou sendo arquivado, tendo o CADE decidido que a situação não envolvia conduta anticompetitiva, pois (i) quanto à exclusividade, a cláusula contratual apenas refletia uma situação de fato, já que não era economicamente viável que a usuária do transporte buscasse uma via alternativa para escoamento da sua produção de minério; e (ii) o valor superior cobrado para o volume excedente a 8,5 milhões de toneladas/ano era justificado objetivamente, pois refletia investimentos suplementares que a mineradora que operava a ferrovia necessitaria fazer para movimentar esse volume adicional da concorrente, consistente em obras para redução de estrangulamento da malha ferroviária. Além disso, o volume de exportações da concorrente, por meio da ferrovia, havia aumentado significativamente na

⁸ O Conselheiro Relator assim resumiu as preocupações de natureza vertical, a partir do parecer da SEAE: “A SEAE entendeu que a implementação do ato notificado também geraria preocupações concorrenciais em razão da relação vertical existente entre o transporte rodoviário e ferroviário, entre este último e as atividades dos operadores logísticos, e entre o mesmo e as operações portuárias para exportação e importação de produtos. Essas preocupações ocorreriam tendo em vista a possibilidade de fechamento de mercado e aumento de custos de rivais (i) aos produtores de soja e (ii) aos transportadores independentes” (Voto do Conselheiro Relator Luis Fernando Schuartz no AC 08012.005747/2006-21, j. em 18.04.2007). A decisão do CADE restou assim ementada: “Ato de concentração. Verificação de possíveis efeitos anticompetitivos em mercados relevantes de logística e transporte ferroviário de cargas. Aprovação do ato notificado condicionada à imposição de restrições de natureza comportamental. Obrigação de dar publicidade a preços e outras condições comerciais em relação a clientes e transportadores rodoviários de carga. Necessidade de definição de Termo de Compromisso de Desempenho de acordo com o disposto no art. 58 da Lei n. 8.884/94, para obtenção das eficiências alegadas”.

última década, enquanto a movimentação da concessionária havia diminuído, o que seria incompatível com uma prática de discriminação ou aumento de custos dos rivais.⁹

A questão acima exemplifica que pode haver preocupações concorrenciais advindas das limitações decorrentes da existência do monopólio natural. Muitas vezes a concorrência intermodal simplesmente não é uma realidade nem uma opção, pois o modal ferroviário tem uma vantagem crucial em relação ao modal rodoviário, que é referente ao mais baixo custo do frete para grandes distâncias, além da maior capacidade de transporte.¹⁰ Para essas situações, a resposta deverá ser via regulação setorial, em prol da concorrência intramodal, entendida como a viabilização do acesso de mais de um prestador de serviço de transporte à malha.

Para uma compreensão mais abrangente dessas questões, parece relevante proceder brevemente ao retrospecto do processo de desestatização operado nos anos 90, e como a regulação setorial vem se desenvolvendo desde então no que tange a tentativas de introdução de competição intramodal.

3. O processo de desestatização do setor ferroviário brasileiro

O processo de desestatização teve início em 1990, com a edição da Lei nº 8.031/1990. Anteriormente, o sistema ferroviário brasileiro era composto pela malha da Rede Ferroviária Federal S.A. – RFFSA e da FEPASA (subsidiária da RFFSA), e pelas Estradas de Ferro Vitória a Minas – EFVM e Carajás – EFC, essas duas últimas operando, desde 1946 e 1982¹¹, respectivamente, por meio de concessão à Companhia Vale do Rio Doce – CVRD, à época também uma empresa estatal. Verifica-se, portanto, que o setor desenvolveu-se no século passado bastante atrelado a investimentos estatais.

Após a promulgação da Constituição Federal, e no contexto do processo de reforma do Estado nos anos 90, o setor foi objeto de desestatização. Este processo teve início com a inclusão da RFFSA no PND, por meio do Decreto nº 473/1992, e sua materialização combinou dois institutos: a concessão do serviço de transporte ferroviário e o arrendamento dos ativos afetados ao serviço.

A desestatização da RFFSA seguiu um modelo de “*segregação geográfica do seu sistema em várias malhas baseadas nas chamadas Superintendências Regionais (“SR’s”) (...) Tais estabelecimentos foram licitados separadamente em leilões cujos valores foram calculados com base no método do fluxo de caixa operacional.*” (CARVALHO DE OLIVEIRA, 2005, p. 123) Houve, assim, a separação da malha da antiga RFFSA em seis distintos trajetos, que foram levados a leilão. Além das seis malhas da RFFSA, a antiga FEPASA (atual Malha Paulista) foi incorporada à RFFSA pelo Decreto nº 2.502/1998 e também teve a malha concedida. Dessa forma, foram sete concessões, cada qual para uma Sociedade de Propósito Específico – SPE distinta.¹² Conforme pode ser extraído da tabela abaixo, o processo de desestatização foi concluído em 1998.

⁹ A decisão do CADE possui a seguinte ementa: “Processo Administrativo. Instaurado *ex officio* pela SDE contra a CVRD no curso da instrução do Ato de Concentração 08000.013801/97-52. Práticas anticompetitivas contra a S/A Mineração Trindade - Samitri. Condutas previstas nos incisos V, XII e XXIV do art. 21 da Lei 8.884/94. Prática restritiva vertical. Mercado relevante (mercado de origem): mercado regional de transporte ferroviário de carga. Mercado relevante (mercado “alvo”): mercado internacional de minério-de-ferro. CVRD é monopolista no mercado de origem. Não configuração das condutas imputadas à Representada. Arquivamento do processo”. (PA 08012.007285/99-78, j. em 28.04.2004)

¹⁰ Vide Nota de Rodapé nº 1.

¹¹ Vide Decretos nº 22.221/1946 e nº 87.961/1982.

¹² “Essa divisão decorreu de estudos que apontaram a natureza inter-regional dos fluxos operacionais e a possibilidade de economias de escala, a partir da divisão regional da malha. Os bens da RFFSA foram arrendados aos operadores privados pelo mesmo prazo. Para melhorar a governança, uma das causas da ineficiência do segmento, os vencedores foram obrigados a constituir sociedade anônima para gerir a rede.” (FERREIRA; AZZONI, 2011. p. 300)

Malhas Regionais	Data do Leilão	Concessionárias	Início da Operação	Extensão (km)
Oeste	05.03.1996	Ferrovias Novoeste S.A.	01.07.1996	1.621
Centro-Leste	14.06.1996	Ferrovias Centro-Atlântica S.A.	01.09.1996	7.080
Sudeste	20.09.1996	MRS Logística S.A.	01.12.1996	1.674
Tereza Cristina	22.11.1996	Ferrovias Tereza Cristina S.A.	01.02.1997	164
Nordeste	18.07.1997	Cia. Ferroviária do Nordeste	01.01.1998	4.238
Sul	13.12.1998	Ferrovias Sul-Atlântico S.A. – atual América Latina Logística – ALL	01.03.1997	6.586
Paulista (ex-FEPASA)	10.11.1998	Ferrovias Bandeirantes S.A.	01.01.1999	4.236
Total				25.599

Fonte: ANTT

À Companhia Vale do Rio Doce foi outorgada, no processo de sua privatização, a exploração das Estradas de Ferro Vitória a Minas, por meio do Decreto nº 22.221/1997, e Carajás, por meio do Decreto sem número de 27 de junho de 1997.

Todas essas malhas foram concedidas pelo período de 30 anos, incluindo-se a prestação do serviço de transporte ferroviário (por meio de contratos de concessão) e a respectiva gestão dos ativos de infraestrutura (por meio de contratos de arrendamento). Optou-se, portanto, por um modelo verticalmente integrado. Observa-se, ademais, que a modernização e ampliação da malha e do serviço não constavam como obrigações das concessionárias, mas sim como um direito dependente de prévia anuência do Poder Concedente. Segundo CARVALHO DE OLIVEIRA assim o foi, por um lado, porque o serviço era de titularidade da concedente, a União, e, por outro, “*para assegurar o equilíbrio da equação financeira dos contratos, uma vez que a tarifa a ser cobrada do usuário para cobrir os investimentos necessários à verdadeira reconstrução das malhas da RFFSA inviabilizaria a própria desestatização.*” (2005, p. 126)

4. Os atuais atores institucionais

Na Constituição Federal, a exploração de serviços de transportes ferroviários, que transponham os limites de Estado ou Território, está prevista no art. 21, inciso XII, alínea ‘d’. Apesar de ter permissão constitucional para explorar diretamente a atividade ferroviária, o Estado brasileiro, como visto, preferiu a delegação desse serviço à iniciativa privada no contexto da reforma do Estado dos anos 90. De todo modo, esta opção política não importou no fim da titularidade Estatal. Além de fazer parte da categoria dos serviços delegáveis – “*aqueles que, por sua natureza ou pelo fato de assim dispor o ordenamento jurídico, comportam ser executados pelo Estado ou por particulares colaboradores*” – o transporte ferroviário encaixa-se, também, no grupo dos serviços econômicos – “*aqueles que, por sua possibilidade de lucro, representam atividades de caráter mais industrial ou comercial*”. (CARVALHO FILHO, 2009. p. 311 – 313)

Atualmente, o modal ferroviário é regulado pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a qual, no entanto, somente foi constituída em 2001, quando o processo de desestatização das malhas existentes já havia sido ultimado. Anteriormente essa função era exercida diretamente pelo Ministério dos Transportes e o regulamento do setor resumia-se ao Decreto nº 1.832/1996, além dos contratos de concessão.

Esse Decreto é composto de uma parte geral e de partes específicas. Na primeira parte prevê-se, em seu art. 2º que “*a construção de ferrovias, a operação ou exploração comercial dos serviços de transporte Ferroviário poderão ser realizadas pelo Poder Público ou por empresas privadas, estas mediante concessão da União*”. Com vistas a conferir maior solidez

à regulação do setor, foi editada a Lei nº 10.233/2001, que criou a ANTT e a ANTAQ. A lei conferiu a essas agências natureza jurídica de autarquias em regime especial – i.e. com autonomia administrativa, financeira e funcional, e mandato fixo de seus dirigentes, conforme se extrai do art. 21, §2º da Lei – vinculadas ao Ministério dos Transportes. À ANTT foram conferidas competências em matéria de regulação de rodovias federais e ferrovias.

Merece ser lembrado, entretanto, que a agência reguladora não é a única pessoa jurídica que atua no âmbito da infraestrutura ferroviária, merecendo destaque também a EPL e a VALEC.

A Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL) é uma sociedade de economia mista de capital fechado cuja criação foi autorizada pela Lei nº 12.404/2011, fruto de conversão da MP nº 511/2011. Além dos trabalhos relacionados ao transporte ferroviário de alta velocidade, a EPL presta serviços na área de projetos, estudos e pesquisas para subsidiar o planejamento da logística e dos transportes no País.

A VALEC – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A foi constituída em 1972¹³, sob a denominação de VALEUC Serviços Técnicos Ltda. e, em 1992, foi incluída no PND, através do Decreto nº 473/1992 (o mesmo que incluiu a RFFSA). Todavia, em 2008 a empresa foi reestruturada e, em 2010, excluída do PND por meio do Decreto nº 7.267/2010. Em 2013, a empresa foi novamente reestruturada por meio do Decreto nº 8.134/2013, que aprovou novo Estatuto Social. As principais atividades exercidas pela VALEC são: (i) administrar os programas de operação da infraestrutura ferroviária, nas ferrovias a ela outorgadas¹⁴; (ii) coordenar, executar, controlar, revisar, fiscalizar e administrar obras de infraestrutura ferroviária que lhes forem outorgadas; (iii) desenvolver estudos e projetos de obras de infraestrutura ferroviária; (iv) construir, operar e explorar estradas de ferro, sistemas acessórios de armazenagem, transferência e manuseio de produtos e bens a serem transportados e, ainda, instalações e sistemas de interligação de estradas de ferro com outras modalidades de transportes; (v) promover o desenvolvimento dos sistemas de transporte de cargas sobre trilhos, objetivando seu aprimoramento e a absorção de novas tecnologias; (vi) celebrar contratos e convênios com órgãos nacionais da administração direta ou indireta, com empresas privadas e com órgãos internacionais para prestação de serviços técnicos especializados; e (viii) exercer outras atividades inerentes às suas finalidades, conforme previsão em seu Estatuto social.

Já a execução do serviço de transporte, como visto, encontra-se delegada à iniciativa privada por meio de contratos de concessão.

¹³ À época, o sócio controlador era a Rio Doce Engenharia e Planejamento S.A. – RDEP (controlada da CVRD), com 51% do capital, e o minoritário a USS Engineers and Consultant Inc., com os 49% restantes do capital social. Foi constituída com o objetivo de analisar a viabilidade do Projeto Carajás, de exploração mineral. Em 1977 a Rio Doce Navegações S.A. – DOCENAVE (também controlada da CVRD) sucedeu a USS Engineers, em sua posição de cotista. Em 1978 a VALEUC tornou-se VALEC Comércio e Serviços Ltda. Em 1987, a quase totalidade das cotas da VALEC foram transferidas ao extinto GEIPOT (9.099 cotas) e apenas 1 cota foi transferida à PORTOBRÁS.¹³ Nesse momento a empresa passou a denominar-se VALEC Engenharia e Construções S.A., abandonando a condição de limitada, e o GEIPOT cedeu suas cotas à União. Posteriormente, com extinção da PORTOBRÁS, a União passou a ser única acionista, detendo 100% do capital da companhia. (Informações encontradas na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 427/2008 (EMI Nº 00003//MT/MP/MF))

¹⁴ A Lei nº 11.772/2008 outorgou, em seu art.6º, três trechos ferroviários à VALEC, quais sejam: a EF-267; a EF-334; e a EF-354. De acordo com o parágrafo único do artigo, as outorgas deverão ser formalizadas mediante contrato de concessão com a ANTT. Em busca no site da ANTT encontramos o contrato de concessão referente à EF-334, denominada Ferrovia Integração Oeste-Leste, com duração de 50 anos, assinado em 31.10.2008. A VALEC tem concessão, também por 50 anos, da Ferrovia Norte-Sul, o contrato foi assinado em 08.06.2006. Como esse contrato é anterior à Lei em questão e não encontramos outros contratos no sítio da ANTT, podemos concluir, preliminarmente, que as EFs 267 e 354 ainda não foram concedidas.

5. As ferramentas regulatórias para a promoção da concorrência intramodal no transporte ferroviário

Ainda que se trate de um setor que constitui um monopólio natural, há mecanismos regulatórios que auxiliam na promoção da competitividade na atividade de transporte ferroviário. Assim, abordaremos nesse tópico dois recursos: (i) o de compartilhamento de infraestrutura, que se subdivide entre os modelos de tráfego mútuo e direito de passagem; e (ii) a fragmentação entre prestação de serviço e transporte e gestão da infraestrutura, também denominada desverticalização (ou *unbundling*).¹⁵

Esses recursos, que visam conferir competitividade ao setor ferroviário, são implementados via regulação estatal, que tem a missão de estabelecer condições mínimas de concorrência. Segundo NESTER, “*considerando que a concorrência é, ao menos em princípio, inapropriada em tais situações, faz-se necessária a introdução de uma ‘mão-visível’ que possa direcionar o mercado para alcançar resultados ótimos por meio da via concorrencial*”. (2006, p. 44)

O compartilhamento importa na permissão de acesso à infraestrutura por aquele que não detém a sua propriedade e/ou os seus direitos de exploração. Ou seja, por meio de instrumentos regulatórios, veda-se ao monopolista detentor da rede que exclua o uso da infraestrutura por terceiros. Essa premissa de compartilhamento tem suas origens desenvolvidas na *essential facility doctrine*, que, por vez, prega o direito de acesso ao mercado que não seria possível sem o acesso à *facility*. Este termo, *facility*, não tem uma tradução simples e clara para o português, tampouco é sua definição consensual.¹⁶ Entretanto, de uma forma muito simples, podemos dizer que uma ‘*essential facility*’ é aquela estrutura cuja duplicação não é economicamente viável. (GAUTIER; MITRA, 2008, p. 662.)

Referida doutrina nasceu nos Estados Unidos, inicialmente com base no direito antitruste, e tem servido para garantir o direito de acesso de terceiros à rede. O caso paradigmático de aplicação da doutrina nos Estados Unidos foi o MCI Communications Corp. v. AT&T. e, nesse momento, ficou decidido que eram necessários quatro elementos para sua aplicação, a saber: (1) controle da *facility* por meio de monopólio; (2) incapacidade prática ou razoável de um competidor duplicar a estrutura da *facility*; (3) a negativa do uso pelo detentor da *facility* a um competidor; e (4) a viabilidade de oferta do uso da estrutura (OCDE, 2006). Nesses casos, o monopolista que recusa imotivadamente acesso à rede abusa de sua posição dominante e se sujeita às sanções previstas na legislação concorrencial.

Outro elemento trazido pela jurisprudência norte-americana, sobre a inviabilidade de duplicação da infraestrutura é um *standard* de economicidade. Dessa forma, alguém que reclame a recusa de acesso a uma infraestrutura tem o ônus de provar mais do que mera inconveniência; deverá demonstrar a não existência de alternativa economicamente viável para acesso àquela *facility*. Ressalta-se que a negativa de acesso pode se materializar por

¹⁵ “A regulação dos monopólios naturais justifica-se tanto para se evitar que o monopolista detentor da infraestrutura possa abusar da sua posição dominante em detrimento dos consumidores (por exemplo, mediante restrição da oferta ou prática de preço supracompetitivo), como para impedir o ingresso de novos agentes econômicos que, necessitando duplicar a infraestrutura, farão o mercado atuar de forma ineficiente, em escala subótima. Nesse sentido, uma técnica de regulação que se tornou comum nesses casos exige a separação da titularidade ou operação da rede da prestação de serviços a partir da rede.” (SAMPAIO, 2012, pp. 80 - 81).

¹⁶ “O termo “*essential facilities doctrine*” foi originado em um caso norte-americano de direito antitruste, mas agora tem significados múltiplos, todos, entretanto, versando sobre a garantia [legal] de acesso a uma estrutura, que não seria possível para alguns caso não houvesse um mandamento. A variação na definição é grande. De fato, não há concordância até mesmo em relação à visão americana de ‘*essential facility*’. Entre países a variação é ainda maior.” (tradução livre) (OCDE, 1996, p. 7).

irrazoável mudanças no serviço prestado ou do preço cobrado, assim como por meio da recusa absoluta.¹⁷

Assim sendo, o compartilhamento de infraestrutura tem respaldo e é intimamente ligado à doutrina em questão, consistindo no direito à utilização da estrutura do detentor por terceiro, concorrente ou não. Todavia, o direito da concorrência, não sendo vocacionado a estruturar mercados, pouco diz a respeito das condições em que este acesso deve ser ofertado.

No setor ferroviário brasileiro, a regulação adotou a técnica de tráfego mútuo, tendo sido previsto nos contratos de concessão dos anos 90 que as concessionárias deveriam garantir o tráfego mútuo e, subsidiariamente, em caso de impossibilidade, o direito de passagem. Assim, torna-se relevante comentar brevemente esses dois institutos.

5.1 O tráfego mútuo

A operação do tráfego mútuo é caracterizada pela atividade conjunta entre diferentes concessionárias e se verifica quando uma delas deseja ultrapassar as fronteiras de sua concessão. Essa operação é fruto de imposição normativa.

No caso brasileiro, o tráfego mútuo operacionaliza-se pela *“partilha do frete entre as concessionárias e a compensação dos débitos e créditos recíprocos, decorrentes do compartilhamento dos recursos operacionais”* (CARVALHO DE OLIVEIRA, 2005, p. 228). É, então, uma ‘operação compartilhada’ em que a concessionária que deseja prestar serviços de transporte para além de sua malha ferroviária utilizará a malha da outra concessionária, compartilhando os recursos operacionais.

A preferência regulatória pelo tráfego mútuo, no direito brasileiro, é anterior ao surgimento da ANTT, pois o Decreto nº 1.832/1996 já havia feito explícita opção por essa regra. De todo modo, no ano de 2003, a ANTT realizou audiência pública, no seio do Programa de Integração e Adequação Operacional das Ferrovias, com o objetivo de propor nova resolução que disciplinasse o tráfego mútuo e o direito de passagem, reconhecendo a importância que esses institutos têm para o desenvolvimento do setor.

Dessa audiência pública surgiu a Resolução nº 433/04, posteriormente revogada pela Resolução nº 3.695/2011. Essa última manteve as definições da norma anterior, definindo o tráfego mútuo como sendo a *“operação em que uma concessionária compartilha com outra concessionária, mediante pagamento, via permanente e recursos operacionais para prosseguir ou encerrar a prestação de serviço público de transporte ferroviário de cargas”*.

A Resolução de 2011 em nada inovou na regulação sobre o compartilhamento da infraestrutura que, alinhada aos contratos de concessões ferroviárias firmados na década de 90, e ao Decreto regulamentador, manteve a preferência pelo tráfego mútuo em detrimento do

¹⁷ No Brasil, o CADE debateu a aplicação da doutrina das *essential facilities* no Processo Administrativo nº 08012.002692/2002-73, em que se discutiu suposta infração por parte da Petróleo Brasileiro S.A. (“Petrobras”) e da Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia-Brasil (“TGB”), em virtude de alegada negativa ou limitação de acesso à estrutura do Gasoduto Bolívia-Brasil. Nessa oportunidade, o Conselheiro Relator Carlos Ragazzo advertiu: *“tendo em vista que a operação de gasodutos de transporte de gás natural consubstancia-se, em regra, um monopólio natural, e que a malha dutoviária é a principal forma de ligação entre a produção e a distribuição do gás natural, com a possibilidade de competição nos mercados à jusante, tal infraestrutura é considerada uma típica essential facility, sendo importante a provisão de acesso a terceiros não proprietários da rede.”* Foram adotados os parâmetros utilizados pela doutrina americana e chamou atenção ao fato de que a análise daqueles elementos deveria ser feita sob o ponto de vista das justificativas utilizadas para a eventual recusa de acesso. *“Em qualquer caso, a necessidade de o proprietário original da infraestrutura recuperar os investimentos por ele aportados também é reconhecidamente relevante, e coloca-se como justificativa plausível para uma negativa de acesso de terceiros à rede, temperando uma aplicação de outro modo peremptória e limitada da doutrina de essential facilities.”* Ademais, foi enfatizado que o compartilhamento da capacidade de uma infraestrutura é um problema bastante complexo, sendo a regulação *ex ante* a melhor forma de lidar com a questão.

direito de passagem. A preferência por esse instituto importa em vinculação contundente do serviço de transporte à operação da infraestrutura; dessa forma vê-se mitigada a autogestão operacional do serviço de transporte, além de incorrer em forte integralização, pois a gestão da infraestrutura e dos serviços acaba sendo atividade atribuída a uma mesma pessoa jurídica.

5.2 O direito de passagem

Como solução alternativa ao tráfego mútuo, pode-se adotar no setor ferroviário a figura do direito de passagem, definido na Resolução ANTT nº 3.695/2011 como a “*operação em que uma concessionária, para deslocar a carga de um ponto a outro da malha ferroviária federal, utiliza, mediante pagamento, via permanente e sistema de licenciamento de trens da concessionária em cuja malha dar-se-á parte da prestação de serviço*”.

O direito de passagem consiste na utilização, por uma concessionária, da infraestrutura ferroviária administrada por outra, mediante remuneração. A operação da atividade é realizada, nesse caso, pela concessionária que irá exercer seu direito de passagem e não pela ‘anfitriã’, conforme ocorre no tráfego mútuo.

Pode-se entender que o direito de passagem (ou *open access*)¹⁸ consagra a liberalização do mercado de transporte ferroviário, representando a possibilidade de um competidor acessar a infraestrutura do detentor de outra, se assim o desejar. Atualmente, é prevista como uma possibilidade subsidiária no que tange ao compartilhamento de infraestrutura.

5.3 A Fragmentação dos serviços ou desverticalização (*unbundling*)

O setor ferroviário também pode ser objeto da técnica de desverticalização, que alude à separação das atividades que constituem realmente um monopólio daquelas que comportam alguma concorrência no processo de prestação do serviço. A desagregação vertical pode ocorrer por meio da separação da atividade de gestão da infraestrutura da atividade de prestação dos serviços. Conforme lembra NESTER, é justamente na prestação dos serviços desenvolvidos a partir de uma infraestrutura que se verifica a possibilidade de competição, de modo que, para o autor, o modelo ideal configura-se nos seguintes termos: “*uma empresa gerindo a infraestrutura (sem prestar serviços a ela inerentes) e várias empresas concorrendo nos segmentos dos serviços que são ofertados com base nessa infraestrutura.*” Completa o raciocínio exemplificando que nas ferrovias “*pode ocorrer desagregação entre a titularidade e a exploração das composições de vagões, as vias férreas, os terminais, os serviços de assistência, etc.*” (2006, p. 57).

NESTER ressalta que existem três formas de promoção de desverticalização: (i) pela *desagregação contábil*, adotando uma contabilidade distinta para cada, para garantir mínima transparência, especialmente em relação à inexistência de subsídios cruzados; (ii) pela *desagregação jurídica*, vedando a exploração em diferentes segmentos de um mesmo setor pela mesma pessoa jurídica – importando, também, na desagregação contábil, mas não impedindo que um mesmo grupo econômico, por meio de diferentes personalidades jurídicas,

¹⁸ “‘*Open access*’ significa que cada competidor que sustenta algumas características pré-requeridas (e.g. exigências técnicas, de segurança e saúde financeira) pode ter acesso à estrutura essencial de forma não discriminatória. Por exemplo, na União Europeia empresas ferroviárias precisam obter uma licença e um certificado de segurança estatal para poder prestar serviços ferroviários. Permitir o acesso não discriminatório às estruturas essenciais é uma prática bastante comum. É também bastante comum ter um regime regulatório assimétrico entre o titular e os entrantes. Os entrantes têm liberdade para escolher em qual mercado querem atuar [dentro de um mesmo setor] e quais consumidores querem servir, enquanto que o titular é forçado a servir todos os consumidores (e.g. obrigações de serviços universais).” (tradução livre) (GAUTIER; MITRA, 2008, p. 663).

atue nos diferentes segmentos; e (iii) pela *desagregação societária* (ou acionária), impedindo que um mesmo grupo detenha as diferentes fases da atividade econômica.¹⁹

Em que pese a existência de diferentes modelos de desverticalização, entendemos que a fragmentação do serviço há de vir, pelo menos, acompanhada da “dissociação da titularidade de exploração” para que a estrutura como um todo possa aproveitar os benefícios da concorrência. Se as diferentes fases de exploração estiverem nas mãos de um mesmo agente econômico, há riscos de *subsídio cruzado*, ou seja, os custos da etapa competitiva podem ser transferidos para a etapa monopolizada. Em termos práticos, sem a diferenciação de titularidade, possibilita-se a prática de preços artificialmente baixos na fase em que o serviço é prestado sob o regime concorrencial, compensando-se a perda de lucratividade no segmento monopolizado e anulando-se os benefícios oriundos da competição.

No caso do setor ferroviário, entretanto, a desverticalização encontra alguma crítica. PINHEIRO, por exemplo, sustenta que o compartilhamento da infraestrutura no setor ferroviário pode reduzir eficiência técnica e alocativa, tanto na operação da infraestrutura, quanto no transporte. Essa menor eficiência, por conseguinte, dificultaria significativamente a tentativa de redução das tarifas de transporte, podendo ainda implicar piora na qualidade dos serviços. (2014, p. 222).

O autor argumenta, ainda, que a forte presença de economias de escopo no setor torna a segregação da gestão da infraestrutura e dos serviços ineficiente. Sustenta, nesse sentido, que “o fluxo de informações entre o transportador e o gestor de infraestrutura é maior e melhor quando os dois são a mesma entidade. Isso permite de um lado, o melhor planejamento de investimentos e atividades de manutenção; de outro, facilita a exploração da malha” (PINHEIRO, 2014, p. 224). De outro lado, “a entrada de transportadores independentes iria separar as decisões de investimento, reduzir a disponibilidade de informações e encurtar o horizonte de planejamento, impondo restrições e, portanto, limitando a otimização no uso de recursos” (PINHEIRO, 2014, p.224).

Assim, a opção pela desverticalização terá provavelmente um alto custo administrativo, para fins de se evitar que as assimetrias de informação limitem o compartilhamento da malha, de modo que “vultuosos recursos terão de ser direcionados à geração e análise de informações.” (PINHEIRO, 2014, p. 235) O autor também aponta para o risco de *cream skimming*, que ocorre quando um novo entrante atua apenas nos segmentos mais lucrativos do mercado, seja em relação aos trajetos, quanto em relação aos produtos. (PINHEIRO, 2014, pp. 225 – 227)

Conforme se passará a comentar, o novo modelo de regulação vislumbrado para o setor ferroviário trabalha com a técnica de desverticalização, porém apresenta desafios regulatórios que merecem consideração.

6. O novo modelo proposto para o setor ferroviário brasileiro

O sistema ferroviário brasileiro está atravessando um período de mudanças no que concerne ao desenho institucional do setor. A retomada do debate acerca das ferrovias brasileiras foi impulsionada pelo PIL que objetiva, para o setor: (i) o resgate desse modal como alternativa de logística; (ii) a quebra do monopólio na oferta de serviços ferroviários; e

¹⁹ No mesmo sentido, observam Gautier e Mitra que “o processo de desagregação vertical agrega dois objetivos extremamente relevantes para o estabelecimento de um ambiente concorrencial. Primeiro, propicia que o processo de concorrência instale-se com total *transparência*, de modo a evitar os subsídios cruzados que poderiam surgir caso a mesma empresa fosse responsável pela gestão da rede e pela prestação dos serviços (tal como ocorria, até então, no regime de monopólio). Depois, possibilita a aplicação de *regimes jurídicos distintos* às atividades”. (GAUTIER; MITRA, 2008, pp. 58 – 59)

(iii) a redução das tarifas.²⁰ O PIL tem fundamento no Programa de Aceleração do Crescimento – PAC disciplinado pela Lei nº 11.578/2007, fruto de conversão da Medida Provisória – MP nº 387/2007.

A reforma estrutural e regulatória proposta pelo PIL constitui uma tentativa de reverter o baixo investimento na infraestrutura do setor ferroviário e de inserir maior competitividade, afastando a preferência pelo tráfego mútuo e abrindo espaço para a realização do direito de passagem, como regra.

As ações previstas no PIL objetivam a expansão da malha ferroviária, diferenciando-se, nesse ponto, do processo de desestatização vivenciado nos anos 90, onde o objetivo principal não era a expansão, mas sim a modernização da malha já existente. Para esse fim, o Programa compreende a implantação de um novo modelo de concessão, que objetiva segregar as atividades do setor, i.e., separar a atividade de investimento na infraestrutura e sua manutenção da atividade de gestão da capacidade dessa infraestrutura e da prestação do serviço de transportes. Há, com esse programa, uma pretensão governamental em inaugurar um modelo de desverticalização no setor ferroviário brasileiro.

A definição jurídica desse novo modelo de concessão é ainda passível de discussão. Inicialmente, foi traduzido como uma Parceria Público Privada – PPP²¹, mas, como se detalhará em seguida, não tardaram a surgir questionamentos, especialmente quanto ao fato de que “*a empresa estatal Valec comprará anualmente toda a capacidade operacional da ferrovia e fará ofertas públicas da capacidade adquirida, garantindo-se o direito de passagem na circulação de trens ao longo de toda a malha.*”²² Seria PPP um modelo no qual a ênfase da contratação encontra-se na construção e manutenção de infraestrutura pública (as novas linhas férreas da malha) para o Estado, quando a própria gestão da capacidade de transporte não ficará a cargo da concessionária, mas da empresa estatal (a VALEC)?

Como instrumento jurídico de implementação do modelo, no dia 23 de outubro de 2013, a Presidente da República assinou o Decreto nº 8.129/2013, que “*institui a política de livre acesso ao Subsistema Ferroviário Federal; dispõe sobre a atuação da Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., para o desenvolvimento dos sistemas de transporte ferroviário; e dá outras providências.*” De acordo com o art. 1º, a política de livre acesso é voltada para o desenvolvimento do setor e visa promover a competição entre os operadores ferroviários. O parágrafo único desse artigo estabelece as diretrizes que serão seguidas pelas novas concessões, quais sejam: (i) separação entre as outorgas para exploração da infraestrutura ferroviária e para a prestação de serviços de transporte ferroviário; (ii) garantia de acesso aos usuários e operadores ferroviários a toda malha integrante do Subsistema Ferroviário Federal; (iii) remuneração dos custos fixos e variáveis da concessão para exploração da infraestrutura; e (iv) gerenciamento da capacidade de transporte do Subsistema Ferroviário Federal pela VALEC - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., inclusive mediante a comercialização da

²⁰ Os objetivos governamentais gerais, para toda a logística e transporte do país, a serem alcançados através do PIL foram colocados da seguinte forma: (i) restabelecimento da capacidade de planejamento integrado do sistema de transportes; (ii) integração entre ferrovias, hidrovias, portos e aeroportos; e (iii) articulação com as cadeias produtivas. Especificamente às ferrovias, o Programa tem a pretensão de reestruturação do modelo de investimento e exploração, assim como, expansão da capacidade de transporte da malha. Disponível em: <http://www.transportes.gov.br/public/arquivo/arg1345056805.pdf> Acesso em: 18.09.2014

²¹ A apresentação do programa à sociedade, onde define o modelo como uma PPP, encontra-se na fonte da nota anterior. Ademais, na página eletrônica do programa, o modelo de concessão está definido da seguinte forma: “1. A Concessionária detém o direito de exploração da Ferrovia; 2. A Valec compra a totalidade da capacidade da Ferrovia, remunerando a Concessionária por uma Tarifa (Tarifa pela Disponibilidade da Capacidade Operacional); 3. A Valec subcede, a título oneroso, partes do Direito de Uso aos Usuários; 4. A Concessionária presta serviços de operação diretamente aos Usuários, que a remunera através de outra Tarifa (Tarifa de Fruição), na medida da utilização da Ferrovia. Disponível em: <http://www.logisticabrasil.gov.br/> Acesso em: 14.09.2014

²² Disponível em: <http://www.logisticabrasil.gov.br/ferrovias2> Acesso em: 18.09.2014

capacidade operacional de ferrovias, próprias ou de terceiros. Para tanto, a VALEC adquirirá o direito de uso da capacidade de transporte das ferrovias que vierem a ser concedidas a partir da publicação do Decreto.

O modelo foi didaticamente esquematizado pela ANTT na Nota Técnica nº 11/2013 que instrumentalizou o processo da Tomada de Subsídio nº 17/2013 para confecção do Regulamento do Operador Ferroviário Independente, da seguinte forma:



Fonte: ANTT

Segundo a Agência, o objeto dos novos contratos de concessão abrangerá tão somente as atividades de construção, operação, manutenção, monitoramento e gestão, não estando incluídas as atividades de condução e manutenção dos trens, o que serão desenvolvidas pelo Operador Ferroviário Independente, novo instituto que será detalhado adiante.

6.1 As funções da VALEC no novo modelo

De acordo com o art. 3º do Decreto nº 8.129/2013, caberá à VALEC fomentar as operações ferroviárias, por meio das seguintes ações: (i) planejamento, administração e execução dos programas de exploração da capacidade de transporte das ferrovias das quais detenha o direito de uso; (ii) aquisição e venda do direito de uso da capacidade de transporte das ferrovias exploradas por terceiros, precedida de oferta pública; (iii) expansão da capacidade de transporte no Subsistema Ferroviário Federal; e (iv) promoção da integração das malhas e interoperabilidade da infraestrutura ferroviária.

O art. 4º dispõe que, para fins de cumprimento do art. 3º, a VALEC poderá: (i) adquirir o direito de uso de parte ou de toda a capacidade do transporte, presente ou futura, de ferrovia concedida; (ii) antecipar, em favor do concessionário, até quinze por cento dos recursos referentes aos contratos de cessão de direito de uso da capacidade de transporte da ferrovia, desde que haja previsão expressa no edital e no contrato, com as garantias e cautelas necessárias; (iii) dar em garantia, em seu benefício direto: a) o crédito dos contratos de comercialização da capacidade de transporte das ferrovias, b) os títulos da Dívida Pública Mobiliária Federal aportados pela União na empresa para honrar compromissos assumidos com os concessionários de ferrovias, c) o penhor de bens móveis ou de direitos integrantes de seu patrimônio, sem transferência da posse da coisa empenhada antes da execução da garantia, d) a hipoteca de seus bens imóveis, e) a alienação fiduciária, permanecendo a posse direta dos bens com a VALEC ou com agente fiduciário por ele contratado antes da execução da garantia e f) outros contratos que produzam efeito de garantia, desde que não transfiram a titularidade ou posse direta dos bens ao concessionário antes da execução da garantia; h) monitorar, nos termos do contrato de concessão, a elaboração de projetos e a execução de obras em ferrovias cuja capacidade de transporte venha a adquirir, especialmente em relação às condições de segurança e de qualidade do trecho ferroviário; e investir no Subsistema Ferroviário Federal. Para tanto a VALEC considerará, além de seus resultados financeiros e contábeis, a possibilidade de aporte financeiro nas concessões de infraestrutura ferroviária a serem outorgadas, para garantir o atendimento à demanda do transporte e a modicidade tarifária.

Conforme explana o Governo Federal, a VALEC será uma espécie de gestora da capacidade da malha, comprará dos operadores da infraestrutura a capacidade e, posteriormente, assegurado o direito de passagem, ofertará essa capacidade: (i) para os usuários que quiserem transportar carga própria; (ii) para os operadores ferroviários independentes; e (iii) para os concessionários de transporte ferroviário.²³ A VALEC funcionará, portanto, como “*uma espécie de “mercado administrado”, em que provedores e usuários de infraestrutura ferroviária se ‘encontrem’. Apenas que, ao invés de se encontrarem, as duas pontas desse mercado vão se relacionar com a Valec. Os fornecedores, vendendo-lhe toda a sua capacidade. Os usuários, comprando capacidade da Valec.*” (PINHEIRO, 2014, p. 219)

A Nota Técnica nº 11/2013 esclareceu que a VALEC remunerará a concessionária (construtora e gestora da infraestrutura ferroviária e detentora do direito de exploração da ferrovia) por meio da Tarifa de Disponibilização da Capacidade Operacional – TDCO, em contrapartida à cessão do direito de uso. A Capacidade Operacional, por sua vez, é “*a capacidade de tráfego contratada da Ferrovia destinada à realização das atividades de transporte dos Usuários, expressa pela quantidade de trens que poderão circular, nos 2 (dois) sentidos, em um período de 24 (vinte e quatro) horas, calculada da forma expressa no Contrato de Concessão.*” Em todos os contratos das novas ferrovias a serem licitadas haverá a previsão de compra, pela VALEC, da capacidade operacional das ferrovias, de forma a eliminar o risco da demanda.

6.2 O Operador Ferroviário Independente (OFI) e o seu papel face aos demais atores setoriais

Como o novo modelo de concessões não confere à Concessionária que construirá e operará a infraestrutura a condução e manutenção dos trens, a nova regulação criou a figura do Operador Ferroviário Independente – OFI, que é a “*pessoa jurídica previamente autorizada pela ANTT para prestar o serviço de transporte ferroviário de cargas desvinculado da exploração de infraestrutura*”. Essa configuração é uma forma encontrada para implementar o objetivo de livre acesso às malhas ferroviárias, conforme disposto no art. 1º do Decreto nº 8.129/2013.

Visando receber subsídios à regulação dessa nova figura, a Agência procedeu a uma Tomada de Subsídios – TS nº 017/2013²⁴, que ocorreu entre 19.08.2013 a 20.09.2013. Essa TS veio acompanhada da Nota Técnica nº 11/2013, datada de 12.08.2013, que esclareceu que “*a partir da inserção do OFI no sistema ferroviário nacional, busca-se universalizar o serviço público de transporte ferroviário de cargas, bem como aumentar a oferta do serviço e incentivar a competição na atividade de transporte ferroviário de cargas, como meio para reduzir o custo de transporte*”.

A previsão legal do OFI adveio da alteração do art. 13 da Lei nº 10.233/2001 pela Lei nº 12.743/2012, conversão da Medida Provisória nº 576/2012. Conforme se extrai da lei, a figura jurídica escolhida para habilitação de suas atividades, que não é associada à exploração da infraestrutura ferroviária, foi a autorização, que poderá ser obtida junto à ANTT por meio de ‘requerimento de autorização’.

²³ Foi assim colocado quando do lançamento do Programa. Disponível em: <http://www.transportes.gov.br/public/arquivo/arq1345056805.pdf> Acesso em: 18.09.2014

²⁴ De acordo com o Relatório Simplificado dessa TS, datado de 07.10.2013, os participantes, que tiveram suas contribuições analisadas, foram os seguintes: (i) concessionárias de cargas: Grupo América Latina Logística S.A. – ALL; (ii) concessionárias de passageiros: EDPL – Estação da Luz Participações Ltda.; (iii) associações: ANTF – Associação Nacional dos Transportadores Ferroviários, ANUT – Associação Nacional dos Usuários do Transporte de Carga; (iv) outros: SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

Seu regulamento foi aprovado pela ANTT em 05 de junho de 2014, através da Resolução nº 4.348. Segundo esse diploma, para obtenção da autorização os OFIs deverão atender a um conjunto de condições jurídicas, fiscais, econômico-financeiras e técnicas, dentre as quais destacamos: a) compatibilidade do objeto social da empresa requerente da autorização com as atividades a serem desempenhadas pelo OFI; b) apresentação de Plano Econômico, contemplando a previsão de tráfego, as receitas, a evolução dos custos operacionais e as fontes de financiamento, para que se demonstre a capacidade de atendimento dos Índices de Liquidez Geral – ILG, Índices de Liquidez Corrente – ILC e Índices de Solvência Geral – ISG, que deverão ser superiores a 0,40; 0,60; e 1,00, respectivamente, até o segundo ano após a expedição da autorização²⁵; c) comprovação de regularidade com as Fazendas Federal, Distrital ou Estadual e Municipal, do domicílio ou onde for funcionar a sede do interessado em obter a autorização de OFI; e d) apresentação de Termo de Copromisso de Qualificação Técnica.

Definições centrais trazidas pelo regulamento foram as de concessionária vertical e horizontal. Enquanto que a primeira é definida como a “*pessoa jurídica detentora do direito de exploração da infraestrutura ferroviária, incluído, nos termos constantes no respectivo contrato de concessão, qualquer direito relacionado à prestação dos serviços de transporte ferroviário de cargas*”, a segunda, novidade no marco regulatório do setor ferroviário, é definida como a “*pessoa jurídica detentora do direito de exploração da infraestrutura ferroviária à qual é vedada a prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas nos termos do respectivo contrato de concessão*”.

Sobre as condições de acesso à infraestrutura ferroviária, a Resolução prevê, em seu art. 18, que a prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas pelo OFI poderá ocorrer em qualquer trecho do Subsistema Ferroviário Federal, que compreende, inclusive, as ferrovias já existentes, e pressupõe a existência de dois contratos, um de Cessão Onerosa do Direito de Uso da Capacidade de Tráfego, firmado com a VALEC, e outro Operacional de Transporte, firmado com a concessionária titular da outorga para exploração da infraestrutura ferroviária, na qual ocorrerá a prestação do serviço. A solicitação de uso da infraestrutura, a ser apresentada à concessionária, deverá ser realizada 60 dias antes da data pretendida para o início da operação (art. 19).

Nessa nova configuração institucional, caberá à ANTT, dentre outras atividades: (i) regular o serviço de transporte ferroviário de cargas; (ii) zelar pelos direitos da VALEC, das concessionárias, dos OFI e dos usuários; (iii) estimular, apoiar e fiscalizar os investimentos na ampliação e modernização da infraestrutura ferroviária; (iv) promover a ampliação da oferta e a redução dos custos de prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas; (v) garantir isonomia de acesso à infraestrutura ferroviária, bem como assegurar a interoperabilidade do Subsistema Ferroviário Federal; (vi) reprimir toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico; e (vii) incentivar a competição no serviço de transporte ferroviário de cargas, a redução do custo de transporte ferroviário de cargas e a eficiência logística do País.

De acordo com o disposto no art. 22 dessa Resolução, um dos direitos dos OFIs é receber das concessionárias, com as quais firmarem o Contrato Operacional de Transporte²⁶,

²⁵ Segundo o ANEXO II da Resolução, considera-se: **Índice de Liquidez Geral - ILG**: indica quanto a sociedade empresária possui em disponibilidades, bens e direitos realizáveis no curso do exercício seguinte para liquidar suas obrigações, com vencimento neste mesmo período; **Índice de Liquidez Corrente - ILC**: indica quanto a sociedade empresária possui em recursos disponíveis, bens e direitos realizáveis a curto prazo, para fazer face ao total de suas dívidas de curto prazo; e **Índice de Solvência Geral - ISG**: expressa o grau de garantia que a sociedade empresária dispõe em ativos (totais), para pagamento do total de suas dívidas. Envolve além dos recursos líquidos, também os permanentes.

²⁶ Contrato que regulamenta as regras de acesso e utilização da infraestrutura ferroviária, celebrado entre as concessionárias e os OFI, mediante o pagamento da tarifa de fruição. (art. 1º)

informações sobre os requisitos e serviços relacionados à utilização da infraestrutura ferroviária, em especial informações sobre: (i) as regras, características, requisitos técnicos e o regulamento operacional ferroviário que disciplinam a utilização da infraestrutura ferroviária; (ii) as condições de acesso e compartilhamento das infraestruturas de apoio à utilização da infraestrutura ferroviária, tais como os pátios de intercâmbio, os pátios de manobra, os ramais portuários, os postos de abastecimento e oficinas de material rodante; e (iii) os serviços e atividades acessórias oferecidos pelas concessionárias e seus respectivos preços.

Outro direito previsto pela Resolução aos OFIs é o de desenvolver atividades relacionadas à exploração de terminais logísticos, como, dentre outras, as atividades de armazenamento, carregamento e descarregamento, processamento de cargas, despachos aduaneiros. O preço de transporte será patricado aos donos de carga de forma livre, reprimindo-se e qualquer prática anticompetitiva.

Em contrapartida, segundo o art. 22, as obrigações dos OFIs são, dentre outras: (i) prestar à ANTT e à VALEC, sempre que solicitado, as informações necessárias à adequada coordenação, operação e planejamento do uso da infraestrutura ferroviária; (ii) efetuar e manter atualizado o cadastro de material rodante utilizado na prestação do serviço no sistema da ANTT, da VALEC e da concessionária e registrar o histórico de manutenção dos últimos cinco anos de operação para consulta em sistema do próprio; (iii) atender a todas as condições de acesso à infraestrutura ferroviária, indicadas e estabelecidas na autorização e nos Contratos Operacionais de Transporte; e (iv) certificar, garantir e manter a qualidade do material rodante utilizado na prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas, próprio ou de terceiros, respeitando as normas cabíveis.

Quanto à VALEC, a Resolução prevê que lhe caberá, dentre outras, as seguintes atribuições: (i) planejar, administrar e executar os programas de exploração da capacidade de transporte das ferrovias das quais detenha o direito de uso e executar a política de livre acesso ao Subsistema Ferroviário Federal, em conformidade com as diretrizes do Ministério dos Transportes; (ii) adquirir o direito de uso da capacidade ociosa²⁷ das concessionárias verticais, por meio de Contrato de Cessão Onerosa do Direito de Uso da Capacidade Ociosa²⁸, para posterior cessão do direito de uso de capacidade de tráfego ao OFI; (iii) adquirir o direito de uso da capacidade operacional²⁹ das concessionárias horizontais para posterior cessão do direito de uso de capacidade de tráfego ao OFI; (iv) acompanhar a demanda por transporte ferroviário de cargas e o uso da capacidade operacional da malha ferroviária; (v) celebrar com o OFI o Contrato de Cessão Onerosa do Direito de Uso de Capacidade de Tráfego³⁰ e celebrar o Contrato de Cessão Onerosa do Direito de Uso de Capacidade Ociosa com a concessionária vertical; e (vi) colaborar com a fiscalização da exploração da infraestrutura ferroviária e da prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas, inclusive, caso celebrado convênio de delegação com a ANTT, realizando os atos materiais de apoio à atividade fiscalizatória da ANTT.

Já as concessionárias terão, principalmente, o direito de receber dos OFIs o valor correspondente aos serviços de acesso e utilização da Infraestrutura Ferroviária por elas exploradas, mediante o pagamento da tarifa de fruição, nos termos previstos nos Contratos Operacionais de Transporte. Exclusivo às concessionárias verticais é o direito de realizar a

²⁷ Capacidade de transporte definida pela diferença entre a capacidade instalada e a capacidade vinculada, devendo-se considerar os volumes de transporte realizados por OFI. (art. 1º)

²⁸ Contrato por meio do qual as concessionárias verticais cedem à VALEC o direito de uso da capacidade ociosa da infraestrutura ferroviária outorgada, mediante pagamento da tarifa de disponibilidade de capacidade ociosa. (art. 1º)

²⁹ Capacidade de transporte adquirida pela VALEC das concessionárias horizontais, calculada da forma expressa nos contratos de concessão. (art. 1º)

³⁰ Contrato por meio do qual a VALEC formaliza a cessão do direito de uso da capacidade de tráfego aos OFI. (art. 1º)

prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas na infraestrutura ferroviária que lhe tenha sido outorgada, assim como de receber da VALEC o valor correspondente à disponibilização do direito de uso capacidade ociosa da infraestrutura ferroviária que lhe tenha sido outorgada. Já às concessionárias horizontais é garantido somente o direito de receberem da VALEC o valor correspondente à capacidade operacional da Infraestrutura Ferroviária que lhe tenha sido outorgada, nos termos previstos no contrato de concessão.

Em contrapartida, as obrigações das concessionárias são: (i) disponibilizar ao OFI, à ANTT e à VALEC, em cinco dias úteis da data da solicitação, as normas, regras e o regulamento de operações ferroviárias para disciplinar o acesso e a utilização de infraestrutura ferroviária outorgada; (ii) permitir, aos OFIs, o acesso indiscriminado à infraestrutura ferroviária que lhe foi outorgada, de acordo com as regras constantes nos Contratos Operacionais de Transporte; e (iii) efetuar e cumprir a programação dos trens dos OFI com isonomia e transparência, sem qualquer discriminação e abuso de poder econômico.

Ademais, os arts. 31 e 32, a Resolução preveem os direitos e obrigações dos usuários.

Os requisitos mínimos dos Contratos Operacionais de Transporte, firmados entre as concessionárias e os OFIs, estão elencados na Resolução. Cópia desses Contratos deverá ser encaminhada à ANTT em até trinta dias após sua formalização (art. 42). Caberá, então, à Superintendência competente da ANTT determinar os ajustes que julgar necessário, para preservar o sistema de disponibilização da infraestrutura ferroviária ao OFI, respeitando-se os contratos de concessão vigentes.

A solicitação de cessão onerosa do direito de uso da capacidade ociosa deverá ser apresentada à concessionária vertical com sessenta dias de antecedência da data de início da operação de transporte. Uma cópia do Contrato de Cessão Onerosa do Direito de Uso da Capacidade Ociosa deverá ser encaminhada à ANTT em até 30 trinta dias após sua formalização. Nessa situação também caberá à Superintendência responsável determinar eventuais ajustes que se façam necessários.

Já em relação aos Contratos de Cessão Onerosa do Direito de Uso da Capacidade de Tráfego, firmado entre a VALEC e os OFIs, a solicitação de cessão também deverá ser requerida com sessenta dias de antecedência da data pretendida para o início da operação de transporte. Uma cópia desse contrato também deverá ser encaminhada à ANTT, em até trinta dias após sua formalização, entretanto, para esse Contrato, a Resolução não prevê a competência da ANTT para determinar eventuais alterações no contrato.

6.3. Remuneração das concessionárias, dos OFIs e da VALEC

Sobre a questão tarifária, a Resolução esclarece que a tarifa de disponibilidade da capacidade ociosa que é, de acordo com a Resolução do OFI, o “*valor a ser pago pela VALEC às concessionárias verticais em função da cessão do direito de uso da capacidade ociosa*”, será estabelecida por meio de livre negociação entre a VALEC e essas concessionárias. Entretanto, as seguintes regras deverão ser respeitadas: (i) essa tarifa será composta tão somente pela parcela de custo fixo associada à cessão de uso da Capacidade Ociosa; (ii) a parcela correspondente à remuneração do capital será calculada como uma alíquota sobre uma base de remuneração, acrescida dos tributos incidentes sobre o resultado; (iii) a alíquota de remuneração será estabelecida anualmente pela ANTT para cada concessionária; (iv) a base de remuneração deverá ser composta pelo capital empregado necessário à prestação do serviço de transporte ferroviário, de acordo com as condições estabelecidas no contrato de concessão e legislação aplicável; e (v) para efeito de apuração da base de remuneração, deverão ser considerados os efeitos da depreciação e da perda de poder aquisitivo da moeda.

Já a tarifa de capacidade de tráfego, que é o “valor a ser pago pelos OFI à VALEC pela cessão do direito de uso da capacidade de tráfego”, será, segundo o art. 56 da Resolução, estabelecida pela VALEC aos OFIs em função do direito de uso dessa capacidade. A venda dessa capacidade será precedida de oferta pública, observando-se critérios objetivos e isonômicos.

Por sua vez, a tarifa de fruição, “valor a ser pago pelos OFI às concessionárias em função da utilização da Infraestrutura Ferroviária, calculada na forma dos Contratos Operacionais de Transporte e contratos de concessão”, será cobrada pelas concessionárias em virtude do uso da infraestrutura ferroviária, devendo ser respeitadas as seguintes regras gerais: (i) a tarifa será composta somente pela parcela de custo variável associada ao uso da infraestrutura ferroviária; e (ii) será estabelecida: 1. no caso de concessionárias horizontais, pelo resultado do processo de licitação e seguirá as regras de reajuste e revisão estabelecidas nos respectivos Contratos de Concessão; e 2. no caso de concessionárias verticais, por meio de livre negociação entre os OFI e a concessionária vertical e, nesse caso, havendo impossibilidade de acordo entre as partes, poderá ser solicitada à ANTT a resolução da questão por meio de conciliação, mediação ou arbitramento.

Por fim, a negociação entre o OFI e o usuário, pela prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas é livre. Entretanto, caberá à ANTT instaurar procedimento para averiguação de prática prejudicial à competição ou abuso de poder econômico na ocorrência das seguintes hipóteses: (i) quando o valor do preço de transporte³¹ cobrado pelo OFI do usuário for superior à tarifa de referência da concessionária vertical, sempre que a prestação do serviço originar-se em infraestrutura a ela concedida; e (ii) quando o valor do preço de transporte cobrado pelo OFI do usuário for superior a 150% (cento e cinquenta por cento) da soma da tarifa de fruição e tarifa de capacidade de tráfego, sempre que a prestação do serviço originar-se em infraestrutura concedida à concessionária horizontal.

6.4 Considerações acerca do novo modelo

O novo modelo de ferrovias que o governo está buscando implantar enseja algumas preocupações. Exemplo dessas incertezas são as tratativas entre o Tribunal de Contas da União – TCU e o Governo Federal, noticiadas pelos jornais.³²

Após o anúncio do PIL, o TCU expressou opinião de que o modelo carecia de embasamento legal.³³ Em conversas preliminares, o Governo foi avisado de que os leilões das ferrovias não poderiam ser aprovados, caso não houvesse um marco legal que respaldasse as mudanças desejadas.³⁴

Em virtude disso, aprovou-se o Decreto nº 8.129/2013 – mantendo-se a tradição de regulamentação do setor via Decreto. Uma das intenções era conferir uma resposta rápida às exigências do TCU, além de dar maior segurança aos investidores, visto que até então não se

³¹ Valor a ser cobrado pelos OFI dos usuários em razão da prestação dos serviços de transporte ferroviário de cargas. (art. 1º)

³² BRANCO, M. Governo mantém diálogo com TCU sobre Valec, diz Gleise. *Agência Brasil*, 08 out. 2013. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-10-08/governo-mantem-dialogo-com-tcu-sobre-valec-diz-gleise> Acesso em: 04.11.2013

³³ RITTNER, D.; VELOSO, T.. TCU quer regras mais claras para modelo de licitação de ferrovias. *Jornal Valor Econômico*, 24 set. 2013. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/3280464/tcu-quer-regras-mais-claras-para-modelo-de-licitacao-de-ferrovias> Acesso em: 04.11.2013

³⁴ RITTNER, D.. Modelo de concessões de ferrovias não tem amparo legal, adverte TCU. *Jornal Valor Econômico*, 10 set. 2013. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/3264408/modelo-de-concessoes-de-ferrovias-nao-tem-amparo-legal-adverte-tcu> Acesso em: 04.11.2013

sabia ao certo qual seria o papel da VALEC no novo modelo.³⁵ Com a edição do referido Decreto, foi esclarecido que a VALEC está autorizada, no que concerne às novas concessões, a adquirir a totalidade da capacidade ferroviária, de modo a reduzir substancialmente o risco de demanda das concessionárias horizontais.³⁶

Todavia, ainda subsistem dúvidas. Há considerações de natureza fiscal/orçamentária em relação à compra da capacidade que será realizada pela VALEC – visto que a estatal enquadra-se no conceito de dependente, ou seja, necessita de aportes financeiros do Tesouro Nacional para dar seguimento às suas atividades.³⁷ Em virtude dos questionamentos chegou-se, inclusive, a considerar que outra estatal viesse a ser constituída. Essa seria a Empresa Brasileira de Ferrovias – EBF.³⁸ De todo modo, até o momento, é a VALEC que vem sendo colocada como o novo ator do setor, no que tange à aquisição da capacidade das novas malhas.

Outro ponto que merece consideração consiste no fato de que o risco da demanda das concessionárias será inteiramente suportado pela VALEC, colocando-se a necessidade dessa ter recursos líquidos disponíveis. Esse risco tem sido alegado como capaz de afastar o investimento privado, visto que, em tese, as receitas próprias da estatal não serão suficientes para cobrir o pagamento das novas concessionárias. Assim, parte da remuneração estará vinculada ao aporte de recursos pela União, via lei orçamentária anual. Sobre essa consideração, PINHEIRO argumenta que “*em qualquer ano esses recursos podem não ser disponibilizados, seja por não constarem no orçamento, por não terem sua execução autorizada pela Fazenda ou porque podem ser interrompidos por decisão, por exemplo, do TCU.*” (2014, p. 220) O País tem experimentado, ao longo dos anos, situações de contingenciamento orçamentário, ao qual possivelmente ficaria exposta a VALEC, na qualidade de empresa estatal dependente.

Ademais, em princípio, concessões se caracterizam pelo risco do negócio ser afetado ao particular³⁹, ainda que, a partir da Lei 11.079 (Lei de PPPs), possa se proceder à sua partilha de modo objetivo. Nesse sentido, em caso de risco de demanda reconhecida e comprovadamente elevada, a doutrina menciona a possibilidade de previsões contratuais que mitiguem esse risco para ambas as partes, como, por exemplo, a previsão de pagamento de indenizações ou suplementações, quando necessárias. Em todo caso, não se deve perder de vista que a demanda é um risco de natureza mercadológica, com o qual a iniciativa privada naturalmente se relaciona, e é preciso recordar a impossibilidade de se prever todas as futuras condições do mercado durante a longa vigência de um contrato de concessão.⁴⁰

Em dezembro de 2013 foi publicado o acórdão do TCU nº 3697/2013, o qual analisou as considerações da Secretaria de Fiscalização de Desestatização – Transportes (Sefid-

³⁵ RITTNER, D.; VELOSO, T.. TCU: modelo para concessão de ferrovias não está claro. *Jornal Valor Econômico*, 23 set. 2013. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/3280116/tcu-modelo-para-concessoes-de-ferrovias-nao-esta-claro> Acesso em: 04.11.2013

³⁶ RITTNER, D.. Decreto viabiliza concessões de ferrovias. *Jornal Valor Econômico*, 24 out. 2013. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/3314954/decreto-viabiliza-concessoes-de-ferrovias> Acesso em: 04.11.2013

³⁷ A lista das estatais dependentes dos aportes do Tesouro Nacional, ano-base 2013, está disponível em: http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/estatistica/31_07_2013_Empresas_dependentes_do_Tesouro_Nacional.pdf Acesso em: 23.06.2014

³⁸ JOSÉ, V. Governo transforma VALEC em Empresa Brasileira de Ferrovias. *Transporta Brasil*, 02.set.2013. Disponível em: <http://www.transportabrasil.com.br/2013/09/governo-transforma-valec-em-empresa-brasileira-de-ferrovias/> Acesso em: 09.11.2013

³⁹ Nesse sentido, a definição de concessão de serviço público estabelecida na lei 8.987/95 estabelece ser essa “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, *por sua conta e risco* e por prazo determinado” (grifou-se).

⁴⁰ Ver, por exemplo: NG; LOOSEMORE, 2006. / GLAISTER, 1999. / KE; WANG; CHAN, 2010. / POLLOCK; PRICE; PLAYER, 2004.

Transportes) acerca do primeiro estágio do acompanhamento da outorga do trecho da EF-354, compreendido entre Lucas do Rio Verde/MT e Campinorte/GO. Segundo relatório preparado pela Sefid-Transportes, “o processo da outorga da referida concessão está sendo conduzido pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) sob a forma de uma concessão comum, regida pelas Leis 8.987/1995, 9.074/1995, 9.491/1997, 10.233/2001 e, subsidiariamente, pela Lei 8.666/1993”.

A classificação da modelagem como uma concessão comum foi rechaçada pela Secretaria. Nesse sentido, argumentou tratar-se de uma PPP na modalidade patrocinada, em virtude da existência das seguintes características: “(1) prestação de um serviço (construção e operação de uma ferrovia) pago diretamente pela Administração Pública (VALEC) mediante contraprestação; (2) risco da demanda totalmente alocada ao poder concedente, pois a contraprestação é paga independentemente do uso da ferrovia; e (3) uso de subsídios para ser viabilizado, alcançando a cifra de R\$17 bilhões somente para esse trecho em análise.”

Entretanto, em seu voto o Ministro-Relator discordou do entendimento, visto que “a VALEC não é usuária do serviço, porque o concessionário não presta serviço e nem há serviço concedido (...). A atuação da VALEC é de aquisição e venda da capacidade de transporte ferroviário e é nessa condição que ela remunera o concessionário. No caso em exame, o concessionário não é remunerado pela prestação de serviço, mas pela exploração da infraestrutura ferroviária.” Dessa forma, explica que a causa do contrato é assegurar o livre acesso à ferrovia de forma isonômica. Portanto, confere-se ênfase à concessão de direitos de construção e operação de um bem público, ao invés da atividade. Este é o ponto central da deverticalização pretendida: separar a gestão da infraestrutura da prestação do serviço de transporte ferroviário. Aliás, o Ministro-Relator entendeu que a compra da totalidade da capacidade operacional das concessionárias horizontais pela VALEC não tem o condão de diminuição de riscos ou garantia, sendo, em verdade, “estratégia comercial do estado-empresendedor”, comparando essa iniciativa, inclusive, com as atividades da Petrobras. Entretanto, há uma diferença entre as duas estatais que precisa ser considerada: a Petrobras é uma sociedade de economia mista, com ações negociadas em bolsa de valores e lucrativa, enquanto a VALEC, conforme anteriormente mencionado, é uma empresa pública dependente de aportes do Tesouro Nacional.⁴¹

Ademais, os próprios sítios eletrônicos do governo que divulgam informações acerca do programa esclarecem o objetivo de mitigação do risco da demanda ao concessionário.⁴² Nesse sentido, merece ser indagado como o dispêndio a ser realizado pela VALEC com a compra da capacidade poderá ser revertido em benefício da tarifa de fruição a ser cobrada dos OFIs. Faz-se relevante questionar se a presença de uma estatal monopsonista na aquisição da totalidade da capacidade da ferrovia, e monopolista na sua revenda ao mercado de serviços de

⁴¹ A área técnica do TCU (Sefid-Transportes) sustenta em seu relatório acerca do primeiro estágio de análise do trecho EF-354 ser a modelagem pretendida uma espécie de PPP, chamando a atenção para a eventual necessidade de autorização legislativa específica para referida contratação: “o modelo de concessão proposto pela ANTT mitiga, senão elimina por completo, o risco de demanda da concessionária. Fazendo isso, cria para o erário público obrigação incerta que pode, inclusive, superar o limite de 70% da remuneração do parceiro privado estabelecido no art. 10 da Lei 11.079/2004. Desta feita, o modelo sequer poderia ser concedido pelo regime de PPPs, na modalidade concessão patrocinada, sem autorização legislativa específica.”

⁴² Veja-se: “Tendo em vista as diretrizes estabelecidas pelo Governo Federal, esta Agência Reguladora, no cumprimento de seu papel institucional, nos termos da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, propõe um modelo de outorga **de forma a afastar o risco de demanda do concessionário** na tentativa de ampliar a participação de capital privado em projetos de infraestrutura ferroviária” (Disponível em: <http://pilferroviias.antt.gov.br/> Acesso em: 14.09.2014). Em outro local, lê-se “Com vistas a reduzir o risco do investidor, a empresa estatal Valec comprará anualmente toda a capacidade operacional da ferrovia e fará ofertas públicas da capacidade adquirida, garantindo-se o direito de passagem na circulação de trens ao longo de toda a malha.” (Disponível em: <http://www.logisticabrasil.gov.br/ferrovias2> Acesso em: 14.09.2014)

transporte, pode ter algum efeito sobre o pretendido desenvolvimento do mercado de transporte ferroviário de cargas, no qual haverá competição por meio dos OFIs.⁴³

Outra incerteza a ser colocada diz respeito às antigas concessões outorgadas nos anos 90. A minuta de Resolução sobre os futuros OFIs prevê duas espécies de concessionárias: as horizontais e as verticais. Significa dizer que a modelagem das concessões antigas será respeitada. Entretanto, não se discutiu ainda o que acontecerá no término dos contratos dessas malhas concedidas nos anos 90; não se sabe se haverá prorrogação contratual nos termos originais ou se será exigida conformação das antigas concessões ao novo modelo como condicionante.⁴⁴

Essa heterogeneidade de modelos pode dar origem a novos gargalos verificáveis na operação de transporte que envolva a passagem por malhas concedidas nos modelos vertical e horizontal, uma vez que ainda não se encontra esclarecido como será operada a passagem nas malhas verticalizadas. Atualmente, de acordo com a Resolução dos OFIs, sabe-se que às concessionárias verticais caberá a venda de sua capacidade ociosa, mas ainda não há informações sobre como será o processo de transição entre os modelos. Além disso, conforme identificado pela CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE, a vigência simultânea de dois modelos poderá implicar em situação de insegurança institucional, visto que a duplicidade perdurará por pelo menos 15 anos. Dessa forma, a diversidade de regras poderá inibir os investimentos da iniciativa privada dificultando a correção de gargalos e exigindo maiores dispêndios por parte do governo federal. (2013, pp. 23 – 24)

Merece ser enfatizado, também, o histórico problema das bitolas. Se as novas concessões padronizarem a largura de modo diferente do que aquele verificado na maior parte das concessões antigas, poderemos nos deparar com trechos em que o tráfego mútuo permanecerá a regra, dificultando a implementação dos efeitos pretendidos com o novo modelo em sua integralidade.

Outro ponto para reflexão é em relação aos meios adotados para a implementação da mudança do marco regulatório do setor. No Brasil, as principais alterações no setor ferroviário foram realizadas mediante Decreto Presidencial, com exceção do OFI, que foi colocado no ordenamento jurídico por meio de Medida Provisória. Contudo, identifica-se, para o setor, a prevalência de atos normativos monocráticos do Poder Executivo, sem uma ampla discussão, como ocorre no processo legislativo e nas audiências e consultas públicas promovidas pelas agências setoriais.

Sobre a operação do OFI, chama-se atenção à necessidade de se bem avaliar o grau das exigências técnicas e financeiras para obtenção da autorização, a fim de que, de um lado, não sejam impostas barreiras regulatórias à entrada no mercado de operadores ferroviários; e, de outro, não sejam tais exigências demasiadamente brandas, a ponto de implicar o sucateamento da malha ou imposição de custos desnecessários à manutenção.

Ademais, é preciso discutir o real papel da VALEC e das novas concessionárias horizontais. Não poderia a estatal brasileira ser a concessionária horizontal das novas malhas? Nesse modelo, a VALEC seria diretamente responsável pela estrutura das malhas, a licitação seria tão-somente das obras, e não haveria a responsabilidade de compra da capacidade. Se o

⁴³ “Para garantir a oferta do serviço de transporte de cargas e a modicidade tarifária, a Valec se comprometerá com a aquisição de toda a capacidade das novas ferrovias. Em caso de demanda insuficiente, a empresa poderá arcar com prejuízo superior ao volume de recursos investidos nos últimos anos pelo setor público no modal. Assim, há a possibilidade de se repetir a situação anterior à concessão da malha da RFFSA de grande endividamento público para manutenção de um sistema ineficiente.” (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE, 2013, pp. 23 – 24)

⁴⁴ Recentemente foi noticiado que um dos objetivos da ANTF é a prorrogação dos atuais contratos de concessão, em troca de investimentos. (PUPO, F.; CAMAROTTO, M. Novo presidente da ANTF define prioridades. *Jornal Valor Econômico*, 22 ago. 2014. Disponível em: <http://www.valor.com.br/empresas/3663720/novo-presidente-da-antf-define-prioridades> Acesso em: 15.09.2014)

objetivo é reduzir o risco da demanda aos investidores, não seria mais eficiente ao Estado assumi-lo? Merece ser lembrado que, com a mudança da Lei 11.079/2004 operada pela Lei 11.766/2012, sequer há mais a obrigatoriedade de que o parceiro privado em uma PPP adiante todo o investimento necessário, na medida em que é possível ao parceiro público aportar, na fase de obras, recursos para investimentos em ativos reversíveis.⁴⁵ Nesse sentido, pode ser reduzida a utilidade do modelo de PPP, se o governo optar por financiar a construção.

Ainda sobre a intermediação da estatal, é preciso questionar se a compra da totalidade da capacidade das concessionárias horizontais pela VALEC não significará um desincentivo aos investimentos em infraestrutura e melhora na prestação de serviços acessórios. Não estaria tal situação colocando um obstáculo aos efeitos positivos esperados da inserção de concorrência no setor? Além disso, cumpre indagar se caberá à VALEC assegurar a regularidade e continuidade da prestação do serviço de transporte ferroviário em segmentos menos lucrativos da malha, na ocorrência de falta de interesse por parte dos Operadores Ferroviários Independentes.

Adicionalmente, dada a possibilidade de economias de escopo no modelo verticalizado, cumpre indagar se não seria de grande utilidade para a escolha da opção mais adequada ao setor a realização de Análise de Impacto Regulatório antes de se determinar o novo desenho setorial.

Por fim, enfatizamos a relevância que teria o advento de uma lei setorial que estruturasse o setor, colocasse com clareza os princípios que deverão reger o novo modelo, inclusive no que tange à forma e às garantias do direito de acesso.

7. Conclusão

O objetivo deste artigo consistiu inicialmente em apresentar os modelos regulatórios utilizados no setor ferroviário para permitir o acesso de terceiros à malha. Apresentamos a doutrina das *essential facilities* que, reconhecendo a essencialidade de algumas estruturas para o exercício da atividade econômica, desenvolveu orientação primando pelo direito de acesso, impondo, inclusive, situações de obrigação de contratar (SAMPAIO, 2009). Observamos, ainda, que a materialização desse raciocínio em sede de regulação normativa ocorre, inicialmente, com o estabelecimento do tráfego mútuo e do direito de passagem. Outra solução encontrada foi a segmentação das atividades que compõem o setor, identificando e separando aquelas que comportam concorrência daquelas que não comportam (segmentação entre serviço e infraestrutura).

O desenvolver das ideias culminou no entendimento de que o setor ferroviário não constitui, em sua integralidade, um monopólio natural. Em verdade, o monopólio é verificado somente na infraestrutura, e não na operação. Percebeu-se, então, a possibilidade de se estabelecer ambiente competitivo no que diz respeito às operações ferroviárias. Sobre o sistema brasileiro, verificamos que tanto a primeira regulamentação do setor quanto atualmente a tentativa de inauguração de um novo modelo, foram etapas realizadas via Decretos Presidenciais, instrumento normativo de reduzida participação dos stakeholders na sua formulação.

O governo federal, lançou o PIL que, visando alterar a modelagem do setor, apresenta o desenho de um sistema de ferrovias desverticalizado, a ser implementado a partir de novas concessões que serão realizadas para a expansão da malha já existente. Sobre esse modelo ainda pairam algumas incertezas, tais como a própria natureza jurídica dos contratos a serem

⁴⁵ Art. 6º, §2º, da Lei 11.079/04, com a redação dada pela Lei nº 12.766/12: “§ 2º O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012”.

celebrados, a adequação da matriz de risco no que tange à demanda, assim como a compatibilização dos antigos e novos modelos.

A desverticalização poderá conferir maior competitividade ao modal ferroviário, mas também poderá reduzir as economias de escopo. Dessa forma, a realização de Análise de Impacto Regulatório antes da adoção de um novo modelo de política pública aparece como um instrumento que poderia apontar qual modelo seria mais eficiente e adequado à realidade do setor ferroviário nacional.

Referências Bibliográficas

CARVALHO DE OLIVEIRA, Ricardo Wagner. *Direito dos Transportes Ferroviários*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE. *Transporte e economia: o sistema ferroviário brasileiro*. Brasília, 2013.

FERREIRA, Tiago Toledo; AZZONI, Carlos Roberto. Instituições e infraestrutura: bases teóricas e evidências para o Brasil. *Planejamento de Políticas Públicas*. n. 36. jan./jun., 2011. Brasília: IPEA.

FOREMAN-PECK. Natural Monopoly and Railway Policy in the Nineteenth Century. *Oxford Economic Papers*, New Series, v. 39, n. 4 (Dec., 1987), pp. 699-718.

GAUTIER, Axel; MITRA, Manipushpak. Regulation of an open access essential facility. *Economica, The London School of Economics and Political Science*, v. 75, nov. 2008, pp. 662-682.

GLAISTER, Stephen. Past abuses and future uses of private finance and public-private partnerships in transport. *Public, Money and Management*. jul./set., 1999.

KE, Yongjian Ke; WANG, ShouQing; CHAN, Albert P. C.. Risk allocation in public-private partnership infrastructure projects: comparative study. *Journal of Infrastructure Systems*. dez. 2010.

NARCISO DE LACERDA, Guilherme; SCHIPMANN DE LIMA, Leopoldo. Ferrovias e o desenvolvimento nacional. In: LACERDA, Guilherme; GURGEL, Antonio; WALKER, José Roberto. *Ferrovia: um projeto para o Brasil*. São Paulo: Contexto Jornalismo & Assessoria, 2005.

NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e Concorrência: compartilhamento de infraestruturas e redes*. São Paulo: Dialética, 2006.

NG, A.; LOOSEMORE, M. Risk allocation in private provision of public infrastructure. *International Journal of Project Management*. jun., 2006

OCDE. *The essential facilities concept*. Paris, 1996. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/abuse/1920021.pdf>. Acesso em: 10 de set. 2013.

PASTORI, Antonio. A inovação tecnológica “verde” e seus possíveis efeitos na matriz de transportes do Brasil – considerações sobre o veículo de levitação magnética supercondutora (Maglev-Cobra). *BNDES Setorial*, n. 31. marc./2010. pp. 321 – 352.

PINHEIRO, Armando Castelar. A nova reforma regulatória do setor ferroviário. In: PINHEIRO, Armando Castelar; FRISCHTAK, Cláudio Roberto. *Gargalos e soluções na infraestrutura de transportes*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Campus e Elsevier, 2005

POLLOCK, Allyson; PRICE, David; PLAYER, Stewart. *Public Risk for Private Gain?* School of Public Policy, UCL, 2004.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE nos setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.