Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R e DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 3 – agosto/setembro/outubro de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

# ASPECTOS JURÍDICOS E REGULATÓRIOS DO COMPARTILHAMENTO DE INFRA-ESTRUTURA NO SETOR FERROVIÁRIO

***Prof. Maurício Portugal Ribeiro***
*Diretor da Unidade de PPP do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Ex-Consultor na Área de Direito Administrativo do BID - Banco Interamericano de Desenvolvimento e do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para implementação de PPP - Parcerias Público Privadas. Mestre em Direito pela Harvard Law School; Professor da SBDP - Sociedade Brasileira de Direito Público*

## 1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito de passagem e o tráfego mútuo se caracterizam, do ponto de vista jurídico, como obrigação dos concessionários de ferrovias ("concessionário(s) visitado(s)"), prevista nos respectivos contratos, de permitir o uso por outros concessionários ("concessionário(s) visitante(s)") dos recursos operacionais da ferrovia sob a responsabilidade do visitado, para que o visitante complete prestação de serviço iniciada na sua malha.

Cuida, pois, de obrigação dos concessionários visitados de compartilhar os recursos operacionais sob a sua responsabilidade com o concessionário visitante, de modo a viabilizar que a prestação do serviço iniciada na malha dos concessionários visitantes possa ser devidamente completada.

O objetivo desta obrigação é assegurar a permeabilidade da malha ferroviária do país e maximização da eficiência do uso do sistema ferroviário como um todo.

No setor ferroviário, esta maximização da eficiência visa, ao mesmo tempo, permitir que o transporte se desenvolva por distâncias que o tornem competitivo[1] e viabilizar a chegada da carga originária de uma malha em destino na outra malha.

Busca-se, assim, em última análise, garantir que os usuários finais do transporte ferroviário não tenham seu interesse de fazer chegar a carga em determinado destino (e de ter acesso à forma mais barata de fazê-lo) frustrado pela segmentação da exploração da malha ferroviária e pela atribuição do monopólio de exploração de suas secções a concessionários diversos.

Portanto, em contexto em que a malha ferroviária foi praticamente toda desestatizada (a exceção é a Ferrovia Norte-Sul que continua sob a égide de empresa pública federal), por meio de modelo que criou monopólios privados na exploração de cada secção da malha, trata-se de evitar que o "encastelamento" de tais monopolistas nas respectivas malhas que lhe foram concedidas crie empecilhos à prestação de serviço adequada ao usuário.[2]

Doutro lado, como no caso do Brasil, por razões de ordem institucional[3], a desestatização do setor ferroviário se fez por regiões, e não por corredores[4], a garantia da permeabilidade da malha pela obrigação de realizar tráfego mútuo ou direito de passagem tem ainda maior relevância que em outros países.

É que, como a concessão da malha por região levou alguns concessionários a receberem trecho da malha com acesso a áreas produtoras relevantes, mas cujo acesso aos destinos da carga só podem se fazer por meio da utilização de recursos operacionais de uma outra concessionária, a obrigação de operar em tráfego mútuo ou direito de passagem é, na prática, condição de sobrevivência destas concessionárias sem acesso aos destinos das cargas, o que as deixa dependentes das concessionárias com malhas com acesso aos destinos, que figuram, nesta relação, como dominantes. Ora, essa situação ressalta a imbricação da obrigação de dar direito de passagem ou de realizar tráfego mútuo com o problema do abuso do poder econômico entre concessionárias.

É que a concessionária com acesso ao destino da carga ("concessionária dominante") poderia tentar usar o seu monopólio sobre a malha como meio para locupletar o concessionário que depende dela ("concessionário dependente"), pressionando-o a pagar pelo acesso ao destino valores muito acima dos custos, o que prejudicaria o interesse dos usuários (pois tais valores seriam repassados para a tarifa, até atingimento dos tetos tarifários da concessionária dependente), podendo, inclusive, a curto ou médio prazo, resultar na inviabilização do negócio da concessionária dependente.

---

[1] Já é senso comum que o transporte ferroviário de carga geralmente não é competitivo nas condições brasileiras em distâncias inferiores a algo em torno de 500 km.

[2] Cf.: art. 6°, *caput* e § 1°, da Lei 8.987/95, e, diversos artigos da Lei 10.233/01.

[3] A razão principal pela qual a desestatização se fez por região foi a diferença de cronograma entre a desestatização da rede da FEPASA – Ferrovias Paulistas S/A em relação à rede da RFFSA – Rede Ferroviária Federal S/A.

[4] Que seria, aliás, mais racional do ponto de vista econômico.

Trata-se, pois, de situação que torna possível o exercício pela concessionária dominante do abuso de poder de monopólio, com prejuízos para outros operadores de ferrovia e para os seus clientes.

Esse tipo de situação exige, em regra, atuação preventiva da agência reguladora do setor, que, pela emissão de regras substantivas claras para o exercício dos direitos das concessionárias dependentes deve estabelecer as condições mínimas de exercício do direito de passagem e do tráfego mútuo.

Assinale-se que os próprios contratos de concessão contemplam essa situação, quando, ao descreverem a obrigação das concessionárias de operarem em tráfego mútuo e em direito enunciam logo a seguir que: "*Serão definitivas as exigências que a CONCEDENTE venha a fazer com relação às cláusulas de tais contratos* – o dispositivo se refere aos contratos operacionais para a realização do tráfego mútuo ou direito de passagem – *referentes ao controle do abuso de poder econômico e à segurança do tráfego ferroviário*" (cf.: inciso XXI, da Cláusula Nona, item 9.1, do Contrato de Concessão da Estrada de Ferro Carajás, que utilizamos neste estudo como parâmetro).

A Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, entretanto, após reiterados problemas na relação entre concessionárias, resolveu, em 2004, regulamentar a questão do direito de passagem e tráfego mútuo pela sua Resolução n° 433/04, que adotou o sistema de livre-negociação entre as concessionárias para definição das condições de compartilhamento de infra-estrutura.

Neste contexto, é preciso voltar atenção, ainda que sumariamente, para dois temas relacionados à questão. O primeiro são as condições para funcionamento do sistema da livre-negociação adotado pela ANTT. O segundo é o problema de saber o que exatamente são as condições mínimas de exercício do direito de compartilhamento de redes, mesmo porque, malgrado a necessidade da agência criar proteção para as concessionárias dependentes, é preciso que tal proteção não se constitua em privilégio injustificado.

É o que trataremos nas rubricas a seguir.

## 1.2- CONDIÇÕES DE FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DA LIVRE-NEGOCIAÇÃO ADOTADO PELA RESOLUÇÃO N° 433/04 DA ANTT

Do ponto de vista regulatório, a premissa do sistema de livre negociação adotado pela ANTT é a interdependência entre os operadores das infra-estruturas.

Em contexto em que de fato há interdependência, o sistema de livre negociação pode ser adotado como mecanismo para maximizar a eficiência do compartilhamento das redes, pois as partes têm os incentivos adequados para estabelecerem as condições de compartilhamento e conexão que maximizam o bem estar de ambas, o que em última análise – supondo que existam

mecanismos adequados de transferência dos ganhos de eficiência para o usuário – beneficia o poder público e o usuário.

Contudo, se um dos prestadores de serviço tem o seu negócio completamente dependente do acesso à rede do outro, e não é possível ao prestador de serviço dependente criar uma opção à rede do outro[5], então inexistirá a interdependência, que dá sentido ao sistema da livre-negociação.

Neste caso, é indispensável a atuação do órgão regulador (a ANTT), inclusive independentemente de provocação das partes, para estabelecer *a priori*, as condições mínimas para que o prestador de serviço dominante não locuplete o dependente. Tais "condições mínimas" são inclusive pré-requisito para que ocorra negociação entre dominante e dependente.

A atuação da ANTT, neste contexto, se destinaria a estabelecer o equilíbrio mínimo entre as partes para que elas, então, nesta posição de equilíbrio mínimo, possam buscar a forma de compartilhamento e conexão que maximize a eficiência na prestação do serviço.

Esta intervenção da ANTT, como ocorre amiúde em mercados sujeitos a forte regulação ("*hard regulation*") teria por base o seu mister de prevenir abusos de poder econômico e utilização indevida pelos concessionários do seu poder de monopólio. Essa questão, aliás, foi tratada explicitamente nos contratos de concessão ferroviários. O contrato da EFC – Estrada de Ferro Carajás, por exemplo, determina, na sua Cláusula Nona:

> "9.1 – DAS OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA
>
> (...)
>
> XXI) Garantir tráfego mútuo, ou no caso da sua impossibilidade, permitir o direito de passagem a outros operadores de transporte ferroviário, mediante a celebração de contrato, dando conhecimento de tais acordos à CONCEDENTE no prazo de 30 (trinta) dias. Serão definitivas as exigências que a CONCEDENTE venha a fazer com relação às cláusulas de tais contratos referentes ao controle do abuso de poder econômico e à segurança do tráfego ferroviário;" (grifou-se)

Portanto, deveria a ANTT emitir resolução estabelecendo as condições mínimas de compartilhamento dos recursos entre concessionária visitante e visitada quando o grau de dependência da visitante da visitada torna o negócio da visitante dependente do acesso à malha da visitada, **com o objetivo exatamente de controle do abuso do poder econômico.** Como bem diz o contrato de concessão, as determinações da agência sobre esse assunto serão definitivas.

É importante frisar que isso é, aliás, parte das atribuições legais da agência que, nos termos da Lei 10.233/01, pode não apenas prevenir, quanto coibir os abusos de poder econômico. O art. 12 menciona o assunto quanto trata das diretrizes do gerenciamento do setor de transporte:

---

[5] Típico caso que caracteriza na experiência internacional, que a rede do dominante é uma *essential facility*, ou seja, recurso essencial para a existência do negócio do prestador de serviço dependente.

> "Art. 12. Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre:
>
> (…)
>
> VII – reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica."

E o art. 20, da Lei 10.233/01, ao tratar das atribuições da ANTT é absolutamente claro:

> "Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:
>
> (...)
>
> II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:
>
> (...)
>
> b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses **e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.**" (grifou-se)

Aliás, além de ter o dever de adotar regras preventivas do abuso do poder econômico, nos casos em que detectar tais abusos, a ANTT tem também obrigação de reportá-los ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, à SDE – Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, ou à SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme determina o art. 31, da Lei 10.233/01.

No caso específico do tráfego mútuo e do direito de passagem, esta competência é ainda reforçada pelo disposto no art. 25 da Lei 10.233/01, que dispõe, *verbis*:

> "Art. 25. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Ferroviário:
>
> (...)
>
> V – regular e coordenar a atuação dos concessionários, assegurando neutralidade com relação aos interesses dos usuários, **orientando e disciplinando o tráfego mútuo e o direito de passagem de trens de passageiros e cargas** e arbitrando as questões não resolvidas pelas partes;" (grifou-se).

Tem, portanto, a ANTT, claramente, competência legal para estabelecimento das condições mínimas que impeçam a ocorrência do abuso do

poder econômico nas negociações sobre compartilhamento de redes entre concessionárias de ferrovias.[6]

## 1.3- AS CONDIÇÕES MÍNIMAS PARA EXERCÍCIO DO DIREITO DE COMPARTILHAMENTO DE INFRA-ESTRUTURA FERROVIÁRIA

Questão que requer análise específica é saber quais são efetivamente as condições mínimas para exercício do direito de compartilhamento de infra-estrutura ferroviária no caso de dependência do visitado do dominante.

A rigor, a definição das condições mínimas para o acesso pelo dependente à infra-estrutura sob controle do dominante deve se verter sobre os recursos:

(a) que são indispensáveis para que o concessionário visitante tenha acesso ao destino;

(b) em relação aos quais seja inviável a criação pelo concessionário dependente de meios alternativos à sua utilização, seja por impossibilidade técnica para tanto, seja por impossibilidade econômica, jurídica etc.

No setor ferroviário, os recursos operacionais que preenchem as condições acima são, em qualquer caso, a via permanente e o sistema de licenciamento de trens. Há, entretanto, situações em que é possível que outros recursos também preencham as condições acima.

A via permanente porque a construção de uma via alternativa à do concessionário dominante na estrutura econômica do transporte ferroviário seria, para o concessionário dependente, um custo irrecuperável (*sunk cost*), eis que configura investimento substancial para via que terá uso marginal em relação à capacidade que disponibiliza. Por essa razão, o concessionário dependente dificilmente conseguiria amortizar, com a mera cobrança de tarifa, o investimento realizado na construção de uma nova via.

Por outro lado, o investimento necessário para ampliar a capacidade em via existente sob controle do concessionário dominante, é absolutamente marginal em comparação com o de construção de uma nova via. Isto porque o incremento de capacidade de infra-estrutura ferroviária pode ser realizado de forma gradativa, por meio da implantação de pátios de cruzamento em via existente.

Já o sistema de licenciamento de trens, é o instrumento de controle de acesso pelos trens à malha visitada. Como a disciplina das condições mínimas de

[6] Em outros setores regulados, as respectivas agências exercem esse tipo de competência há muito. Por exemplo, no caso da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, a nova proposta de regulamento para a remuneração do uso de redes das prestadoras do STFC – Serviço de Telefonia Fixo Comutado diferencia os casos em que há operadoras com PMS – Poder de Mercado Significativo, para os quais a agência estabelece a remuneração com base nos custos do uso da rede, dos casos onde não há PMS e que são, por isso, sujeitos à livre pactuação entre as operadoras.

compartilhamento da infra-estrutura não pode prescindir por razões de segurança do controle centralizado do acesso dos trens a uma dada malha (controle esse que é de responsabilidade da concessionária visitada), será indispensável o uso pela concessionária visitante do sistema de licenciamento de trens operado pela visitada.

É certo que outros recursos poderão preencher as condições enunciadas nos itens "a" e "b" acima. Essa, entretanto, é uma análise que tem que ser realizada caso a caso.

Note-se que não é inovação da experiência brasileira a disciplina das condições mínimas de uso dos recursos para os quais o concessionário visitante não pode criar alternativa e que são essenciais para a existência do seu negócio. Na experiência internacional, esses recursos operacionais são chamados de "*essential facilities*", que são os recursos, equipamentos, instrumentos aos quais o dominante não pode negar ao dependente o acesso, especialmente quando esse acesso se faça para implementação de competição.[7]

Enfim, o estabelecimento pela ANTT das condições mínimas de acesso pelos concessionários visitantes e dependentes à malha dos concessionários visitados dominantes, deve se verter especificamente sobre as *essential facilities*.

Mesmo porque, em relação aos demais recursos operacionais cujo compartilhamento não seja essencial à sobrevivência do concessionário dependente, o dever da ANTT, como agência reguladora do setor, é criar incentivo para que os concessionários operem em regime de máxima eficiência (conforme art. 11, inciso IV, e art. 20, inciso II, alínea "a", ambos da Lei 10.233/01), o que, superado o problema da assimetria de poder entre os concessionários dominante e dependente (por meio da regulação das condições mínimas de acesso), poderia ser resolvido pela adoção do sistema da livre negociação.

Por exemplo, em relação ao material rodante, se o preço exigido pelo concessionário dominante para disponibilizar material rodante ao concessionário dependente for incompatível com as condições de mercado, certamente o concessionário dependente poderá ou adquirir vagões e locomotivas, ou arrendá-los de terceiros.

Superado, portanto, o problema da assimetria de poder entre as partes por meio do estabelecimento preventivo pela a ANTT das condições de compartilhamento das *essential facilities*, estarão criadas as condições para que

[7] Considera-se geralmente que a origem da doutrina das *essential facilities* é a decisão da Suprema Corte Americana no caso de 1912 intitulado *Terminal Railroad*. A doutrina é aplicada até a atualidade e se tornou uma das idéias chaves cujo desenvolvimento possibilitou a superação do direito do dominante de não contratar o uso por terceiros de recursos necessários à prestação do serviço. Esse direito do dominante até então podia ser utilizado para criar barreira de entrada e inibir a competição. Em diversos casos posteriores ao *Terminal Railroad* a Suprema Corte especificou os limites da doutrina. Cf., entre outros: Associated Press v. United States, 326 U.S. 1 (1945), the Supreme Court, Lorain Journal Co. v. United States, 342 U.S. 143, 146-49 (1951), Otter Tail Power Co. v. United States, 410 U.S. 366, 377-79 (1973). A atividade das agências reguladoras americanas também desdobrou e especificou o conceito para cada setor.

as operadoras de transporte ferroviário busquem, por meio da livre negociação, a forma mais eficiente de realização do transporte da carga.

Dito isto, a questão que emerge é saber quais devem ser as balizas mestras para a remuneração pelo visitante/dependente do acesso aos recursos operacionais essenciais para completar o serviço de transporte para os seus clientes. Ora, essa remuneração deve cobrir:

(a) Custo de uso da via, de maneira a repassar para o concessionário visitante uma parte do valor do arrendamento que o concessionário visitado paga ao poder público pelo uso da via;

(b) o desgaste sofrido pela via, para cobrir o custo adicional de manutenção gerado pela sua utilização pelo visitante;

(c) o investimento que o concessionário visitado terá que fazer para criar disponibilidade de capacidade para uso pelo visitante.

Enfatize-se que a realização do investimento mencionado no item “c” acima requer que o pagamento pelo visitante seja realizado independentemente do efetivo uso da via, ou seja, que o pagamento esteja vinculado à mera disponibilidade da capacidade.

Do ponto de vista econômico, isto exigirá a celebração de contratos com a estrutura de *take or pay*. O concessionário visitante terá que pagar ao visitado valor pela capacidade disponibilizada pelo visitante ao visitado, independentemente do uso que dela fizer.

Por essa razão, cremos que o mais conveniente é que as regras da ANTT sobre o assunto, ao contemplar as condições mínimas de acesso pelo visitante dependente à malha do visitado dominante, venham a estabelecer que o quantitativo exato a ser disponibilizado pelo visitado ao visitante seja objeto de manifestação prévia do visitante.

É que como a disponibilidade imporá ao visitante ônus fixo, e como o visitante dependente é provavelmente o melhor conhecedor do seu próprio mercado, somente ele poderá dizer qual a sua necessidade de capacidade de transporte na malha do visitado.

Além disso, é conveniente que as regras emitidas pela ANTT sobre o assunto prevejam procedimento de revisão pelo qual o visitante tenha oportunidade, periodicamente, de solicitar aumento da sua capacidade mínima disponível na malha do dominante.

Note-se que a obtenção de fórmula para cálculo de valor de pagamento que contemple os objetivos mencionados acima não traz dificuldades técnicas maiores. Aliás, fórmula com essas características não é estranha à experiência ferroviária brasileira.

A RFFSA – Rede Ferroviária Federal S/A já dispunha de fórmula com essas características para regular o compartilhamento de recursos operacionais

com a FEPASA – Ferrovias Paulistas S/A, fórmula esta que, com pequenas adaptações, foi utilizada pela ANTT na arbitragem para resolver as divergências em torno do compartilhamento da rede entre a MRS Logística S.A. e a Ferrovias Bandeirantes S.A. – FERROBAN no acesso ao Porto de Santos (cf.: Resolução 945/05, da ANTT).

Por fim, vale lembrar, que apesar do presente trabalho ter focado atenção nos aspectos que têm relevância jurídica mais óbvia (como, por exemplo, o preço para exercício do compartilhamento da infra-estrutura ferroviária), o estabelecimento das condições de compartilhamento da malha não se cingem apenas a tais aspectos.

De qualquer modo, parece-nos relevante lembrar que a Resolução 945/05 da ANTT, que regulou o direito de passagem da FERROBAN na malha MRS para acesso ao Porto de Santos estabeleceu ponto de partida em relação às condições técnicas que devem ser regulamentadas nestas situações.

**Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):**

RIBEIRO, Maurício Portugal. Aspectos Jurídicos e Regulatórios do Compartilhamento de Infra-Estrutura no Setor Ferroviário. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 3, ago-set-out, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

**Publicação Impressa:**

Informação não disponível