

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

*Maurício Portugal Ribeiro**

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 competitivo¹ 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.

* 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, condição na qual participou da equipe que redigiu a minuta do projeto de lei que se tornou a Lei de PPP; Mestre em Direito pela Harvard Law School; Professor da SBDP - Sociedade Brasileira de Direito Público

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.

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 institucional³, a desestatização do setor ferroviário se fez por regiões, e não por corredores⁴, 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 condição de sobrevivência das concessionárias sem acesso aos destinos. Tais concessionárias são na prática dependentes daquelas que detêm o acesso aos destinos das cargas, que, por essa razão, figuram nesta relação como dominantes.

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.

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.

² Cf.: art. 6º, *caput* e § 1º, 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.

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

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 de passagem enunciam logo a seguir que: “*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*” (cf.: inciso XXI, da Cláusula Nona, item 9.1, do Contrato de Concessão da Estrada de Ferro Carajás, que utilizamos neste estudo como exemplo).

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 nº 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 infra-estrutura, 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.

2. Condições de funcionamento do sistema da livre-negociação adotado pela Resolução nº 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 outro⁵, 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 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**

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.

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:

“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 infra-estrutura entre concessionárias de ferrovias.⁶

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 visitante do visitado.

Arigor, a definição das condições mínimas para o acesso à infra-estrutura sob controle do concessionário 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

⁶Em 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.

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 de difícil recuperação, com a mera cobrança de tarifas, especialmente se a via vier a ter uso marginal em relação à capacidade que disponibiliza.

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 existente pode ser realizado de forma gradativa, por meio da implantação de pátios de cruzamento.

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 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 na atividade fim do dominante.⁷

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.*

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 ANTT das condições de compartilhamento das *essential facilities*, estarão criadas as condições para que 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

United States, 410 U.S. 366, 377-79 (1973). A atividade das agências reguladoras americanas também desdobrou e especificou o conceito para cada setor.

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*, ou seja que estabeleçam o compromisso do concessionário visitante pagar ao visitado valor pela capacidade disponibilizada, independentemente do seu uso.

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 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 infra-estrutura 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 disciplinadas nestas situações.

