

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

Antonio Sérgio Rodrigues

REGULAÇÃO E DEFESA SETORIAL DA
CONCORRÊNCIA NO SISTEMA
FERROVIÁRIO BRASILEIRO

Brasília

2012

Antonio Sérgio Rodrigues

REGULAÇÃO E DEFESA SETORIAL DA CONCORRÊNCIA NO SISTEMA FERROVIÁRIO BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção o título de Especialista em Direito da Regulação, no Curso de Pós-Graduação Lato Senso do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientador: Professor Ricardo Villas Bôas Cueva

Brasília

2012

Antonio Sérgio Rodrigues

**REGULAÇÃO E DEFESA SETORIAL DA CONCORRÊNCIA NO SISTEMA
FERROVIÁRIO BRASILEIRO**

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

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

Banca Examinadora

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

AGRADECIMENTOS

Somos hoje o resultado das experiências passadas. O que conseguimos fazer é fruto do aprendizado acumulado nesta e em outras vidas. Chegamos até aqui graças à contribuição dos pais, irmãos, familiares, cônjuges, filhos, colegas, amigos e sem dúvida, graças ao empenho dos professores. Todos acreditaram em nossas possibilidades e investiram energia, capacidade, tempo, paciência e dedicação para que pudéssemos transformar o sonho em realidade. Esta monografia é um exemplo vivo. Portanto, muito obrigado a vocês! Obrigado também aos especialistas em regulação da ANTT, Jean Mafra e Alexandre Porto, pelas colaborações importantes. Além disso, um agradecimento especial ao Professor Ricardo Cueva pela orientação e qualidade de suas aulas na Disciplina Direito da Concorrência. Que Deus abençoe cada um no seu papel fundamental.

RESUMO

A evolução do Sistema Ferroviário Brasileiro, sob a ótica da defesa setorial da concorrência, pode ser resumida em quatro marcos regulatórios significativos. O marco regulatório inicial representou o nascimento das ferrovias no modelo de regime privado com inexpressiva concorrência direta entre as ferrovias. O segundo marco regulatório se caracterizou pelo modelo de regime estatizante e a criação da Rede Ferroviária Federal – RFFSA, não sendo criados instrumentos de ordem competitiva no mercado ferroviário. O terceiro marco regulatório seguiu o Modelo Latino Americano, denominado competição por concessão, se caracterizando pela divisão da RFFSA em várias concessões regionais, mas mantendo cada concessão integrada verticalmente. O quarto marco regulatório busca uma melhoria no Modelo Ferroviário adotado no Brasil, com a introdução de novos instrumentos competitivos e aprimoramento dos existentes, no arcabouço regulatório do setor ferroviário. Estabeleceu uma nova interpretação dos contratos de concessão por meio da edição de Resoluções Regulatórias. Além disso, existe um debate no governo brasileiro sobre a implantação de um novo modelo para o setor ferroviário brasileiro de forma a introduzir a competição na prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas com a entrada de novos operadores ferroviários por meio de autorizações, sendo que a atividade de exploração da Infraestrutura seria feita por um gestor a ser escolhido por concessão.

Palavras-Chave: Regulação, Defesa da Concorrência, Competição, Marco Regulatório, Modelos Ferroviários.

ABSTRACT

The evolution of the Brazilian Railway System, from the perspective of competitiveness, can be summarized in four significant phases, each corresponding to a different regulatory framework. The initial regulatory framework coincided with the implementation of railways in Brazil by private companies, with in expressive direct competition between railroads. The second regulatory framework is characterized by the statist regime and the creation of the Rede Ferroviária Federal – RFFSA, the federal state owned company in charge of the national network of railways, without any instruments of competitive order in the railway market. The third one, following the usual regulatory Latin American model, which implied competition for railroad concessions, was characterized by the division of RFFSA in various regional concessions, each one of them kept vertically integrated. The fourth regulatory framework introduces new competitive instruments and improves the existing regulatory framework for the rail sector. New regulations have been recently issued in order to establish a new discipline of concession contracts. Moreover, the ongoing policy discussion in the Brazilian government tends to design and implement a new regulatory model for the national railway system. Competition in the freight services would be introduced with the entry of new operators under a regime of administrative authorizations, whereas the infrastructure would be managed by a contractor under a concession regime.

Keywords: Regulation, Antitrust, Competition, Regulatory Framework, Model Rail.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. REVISÃO TEÓRICA	10
1.1. Aspectos gerais da regulação e da concorrência	10
1.2. Regulação econômica de mercados e conceitos gerais	11
1.3. Defesa da concorrência	14
1.4. Relação entre regulação e defesa da concorrência	16
1.5. Competências da regulação setorial e da defesa da concorrência	19
1.6. Regulação e concorrência em setores de infraestrutura	20
1.6.1. Teoria da Contestabilidade	21
1.6.2. <i>Essential Facilities</i>	22
1.7. A reforma dos sistemas ferroviários e o uso de instrumentos concorrenciais	23
1.7.1. Competição por meio da reestruturação vertical (1º Grupo)	24
1.7.1.1. O modelo semi-Integrado com aparente separação orgânica (França)	24
1.7.1.2. O modelo de holding e subsidiária (Alemanha, Itália, Grécia)	25
1.7.1.3. O modelo separado (Suécia)	25
1.7.1.4. O modelo separado, com separação adicional na organização do gestor de infraestrutura (Holanda)	26
1.7.1.5. O modelo separado junto com a privatização (Reino Unido)	26
1.7.2. Competição com a integração vertical (2º Grupo)	28
1.7.2.1. O Modelo integrado (Bélgica até 2004, Luxemburgo)	28
1.7.2.2. O modelo Americano (EUA)	28
1.7.2.3. O modelo Latino Americano - Competição por concessão	29
2. O SISTEMA FERROVIÁRIO BRASILEIRO	31
2.1. Histórico e contextualização	31
2.2. O compartilhamento da infraestrutura e a baixa interoperabilidade entre as malhas ferroviárias – Resolução 433/2004	33
3. REGULAÇÃO E A DEFESA SETORIAL DA CONCORRÊNCIA NO SISTEMA FERROVIÁRIO BRASILEIRO	37
3.1. Evolução do compartilhamento de infraestrutura ferroviária	37
3.2. O incremento na interoperabilidade e na concorrência - Resolução 3.695/2011	40
3.3. As tarifas de tráfego mútuo ou direito de passagem - Resolução 3.695/2011	42
3.4. A contribuição da Resolução 3694/2011 para a Defesa da Concorrência	44
3.5. A contribuição da Resolução 3696/2011 para a Defesa da Concorrência	46
4. UM NOVO MODELO FERROVIÁRIO PARA O BRASIL	47
CONCLUSÕES	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

INTRODUÇÃO

Esta monografia faz uma análise de como evoluiu o marco regulatório do Sistema Ferroviário Brasileiro sob a ótica da defesa setorial da concorrência, considerando sinteticamente os marcos regulatórios significativos na história do setor associados aos processos de reforma do setor ferroviário ao longo do tempo. Estabelece como ideia central o desenvolvimento dos instrumentos da regulação editados pela ANTT a partir de 2011 e suas relações com a introdução da defesa da concorrência intrasetorial na prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas.

No capítulo primeiro, por meio de um levantamento da literatura especializada, faz uma revisão teórica das relações entre a regulação econômica nos mercados e a defesa da concorrência na busca do bem-estar da sociedade de uma forma geral. Analisa superficialmente a questão das competências da regulação setorial e da defesa da concorrência, tomando por base algumas teorias norte-americanas e seus reflexos na doutrina brasileira. A partir daí, desenvolve os conceitos básicos da regulação e concorrência em setores de infraestrutura e apresenta, como referencial teórico, uma pesquisa a respeito da reforma dos sistemas ferroviários e o uso de instrumentos concorrenciais em alguns países onde ocorreram alterações mais significativas relativas ao escopo deste trabalho.

Em seguida, no capítulo segundo, mostra uma contextualização histórica do Sistema Ferroviário Brasileiro e ressalta o estágio atual do compartilhamento da infraestrutura e a baixa interoperabilidade entre as malhas ferroviárias existentes.

No capítulo 3, analisa alguns instrumentos regulatórios editados pela ANTT com o objetivo de ampliar o compartilhamento e a interoperabilidade na infraestrutura ferroviária, além da inserção do regime de competição na prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas.

Então, no capítulo 4, mostra as tendências do futuro modelo ferroviário brasileiro destacando a defesa setorial da concorrência no ambiente ferroviário.

Finalizando, faz uma avaliação integrativa conclusiva, considerando os quatro marcos regulatórios significativos na história do setor, associados aos referenciais teóricos estudados no Capítulo 2 – Revisão Teórica, notadamente no item 2.7, que trata da reforma dos sistemas ferroviários e o uso de instrumentos

concorrenciais,além de ressaltar a discussão governamental sobre a construção de um novo modelo ferroviário para o Brasil.

1. REVISÃO TEÓRICA

1.1. Aspectos gerais da regulação e da concorrência

Antes e depois dos estudos de Darwin¹, em seu famoso livro “A Origem das Espécies”, os princípios da competição e da cooperação são elementos chave nos relacionamentos humanos em geral. Seja envolvendo aspectos mercadológicos, institucionais, pessoais ou das mais diversas ordens, eles convivem em um processo histórico e contínuo em todas as épocas da humanidade. Envolve desde as mais simples às mais diversificadas organizações surgidas no seio da sociedade, sempre, ainda que não pareça, com o objetivo de achar soluções para os problemas do homem na busca de seu bem estar pessoal e coletivo.

Diante da sociedade moderna excessivamente competitiva e ainda pouco cooperativa, insere-se a necessidade de estudar e controlar o comportamento das organizações, criadas pelo próprio homem, para que elas possam estar a serviço da coletividade e não somente de determinadas pessoas ou grupo de pessoas.

Nesse contexto, considerando a complexidade histórica do funcionamento dos mercados e a evolução dos modelos de Estado, surgiram, paulatinamente, mecanismos regulatórios e de defesa da concorrência para disciplinar a atuação dos agentes que produzem ou comercializam os bens e serviços.

A defesa da concorrência atua basicamente no mercado competitivo, ora para coibir os comportamentos empresariais “cooperativos” escusos (formação de cartéis), ora para impor comportamentos competitivos (não exercício de poder de mercado) às empresas, no intuito de fornecer à sociedade bens e serviços de melhor qualidade e menor custo.

Com objetivos semelhantes, a regulação age basicamente nos mercados não competitivos, do tipo monopólio natural, para compensar as falhas de mercado existentes (externalidades, assimetria de informações etc.) e restabelecer, dentro do possível, as características de um mercado do tipo competitivo, com resultados relevantes para o tecido social.

Dessa forma, com base na teoria econômica, o desafio aqui é estudar e estabelecer diferenças e convergências teóricas, com reflexos práticos, relativas às

¹Charles Robert Darwin foi um naturalista britânico – 1809 – 1882, que alcançou fama ao convencer a

atividades regulatórias e de defesa da concorrência, visando sempre o aspecto essencial de se maximizar o bem estar da sociedade.

1.2. Regulação econômica de mercados e conceitos gerais

Em todas as formas de atuação do Estado, seja diretamente na condição de executor, indutor ou fiscalizador, está presente a figura da regulação econômica de mercado, independentemente da questão temporal ou da forma de governo adotada por cada país. O objetivo de organizar as relações entre produtores e consumidores de bens e serviços, inseridas nas complexidades do mercado, é ampliar o bem estar da sociedade por meio da prevenção e correção dos abusos à ordem econômica praticados pelos agentes envolvidos na cadeia produtiva e comercial.

A regulação da atividade econômica tem sido ampliada de uma forma geral na maioria dos países, apesar das reformas de caráter liberal ocorridas fortemente a partir das últimas décadas. A teoria do Estado Mínimo aliada ao conceito de que as leis de mercado podem garantir a eficiência alocativa dos recursos econômicos de forma equilibrada na sociedade, tão fortemente defendida por vários países com destaque pela Inglaterra e Estados Unidos, não tem se sustentado. A crise econômica eclodida em 2007/2008, com efeitos nefastos até hoje principalmente para as economias desenvolvidas, tem demonstrado a necessidade do aprimoramento da regulação econômica como instrumento de equilíbrio dos mercados, estabelecendo limites e controles para a atuação de seus agentes, sobretudo na área bancária e comercial.

A regulação de uma forma geral é defendida pela teoria econômica e pelos governos para a correção das falhas de mercado que na prática impedem a livre concorrência, onde teoricamente deveria predominar a livre formação dos preços e o equilíbrio de mercado estabelecido pelas leis da demanda e da oferta. Uma falha de mercado (ou imperfeição) ocorre quando os mecanismos de mercado, não regulados pelo Estado e deixados livremente ao seu próprio funcionamento, originam resultados econômicos não eficientes ou indesejáveis do ponto de vista social.

Em síntese, basicamente, pode-se destacar alguns tipos de falhas de mercado. A primeira delas constitui nas dificuldades em se acordar todas as relações

entre os agentes do mercado, em decorrência das externalidades negativas e positivas existentes entre eles. Segundo Rodas;Oliveira (2004, p.138) “ocorrem situações de externalidades negativa (positiva) quando um custo social (benefício social) gerado pelo processo produtivo não é devidamente internalizado pelo produto”, ou seja, o consumo de um bem ou serviço por uma pessoa, ou produção de uma empresa, afeta diretamente o bem-estar de outra pessoa ou empresa que não está inclusa na transação considerada.

A segunda seria a assimetria de informações que dificulta a constituição (ex-ante) e a manutenção (ex-post) das relações contratuais de consumo de bens e serviços entre os referidos agentes protagonistas do mercado. A assimetria de informações entre agentes que desejam realizar uma transação econômica dificultam suas capacidades de decisão. Cria-se a possibilidade de comportamentos estratégicos oportunistas em benefícios próprios, caso alguns agentes tenham informações privilegiadas em relação aos outros ou mesmo que os conjuntos de informações desejadas de diferentes agentes entre si sejam muito assimétricos. Na visão de Fiani (2002, p.270):

Racionalidade limitada, complexidade e incerteza têm como consequência gerarem assimetrias de informação. Assimetrias de informação nada mais são do que diferenças nas informações que as partes envolvidas em uma transação possuem, particularmente quando essa diferença afeta o resultado final da transação.

Um terceiro tipo de falha de mercado se refere à existência de empresas com poder de mercado, que por questões econômicas (tecnologia de produção, economias de escala e escopo) ou legais (reserva constitucional ou legal) constituem monopólios ou mesmo oligopólios, que são estruturas diferenciadas do mercado naturalmente competitivo. Uma empresa detém o poder de mercado quando é capaz de fixar o preço acima do custo marginal, ou mais restritivamente, quando tem capacidade de fixar o preço acima do custo médio, o que permitiria à empresa obter lucros muito elevados. O poder de mercado pode se expressar na capacidade de uma empresa de fixar discricionariamente os **preços** num dado mercado e se manter lucrativamente acima dos níveis competitivos por um período de tempo significativo.

Além dos tipos citados, Rodas;Oliveira(2004, p.138) cita os bens públicos com falha de mercado, definidos como bens ou serviços não rivais, isto é, seu custo marginal de suprimento para um consumidor adicional é nulo, e não exclusivos, ou

seja, a natureza de bem ou serviço não permite excluir uma parcela significativa de consumidores.

De uma maneira geral, na visão de Pinheiro;Saddi (2006, p.257/258), quando ocorrem as falhas de mercado podem-se observar três tipos de ineficiência:

1ª – Ineficiência alocativa – percebida quando produção/consumo dos diversos bens e serviços não ocorre nas quantidades ótimas, ou seja, que maximizam o bem estar social;

2ª – Ineficiência técnica ou produtiva – observada quando a produção não se dá ao menor custo possível.

3ª – Ineficiência dinâmica – ocorre quando os investimentos são insuficientes para inovação de produto e processo.

O papel da regulação econômica, portanto, nesse contexto, estabelecida uma determinada estrutura de mercado, é desenvolver mecanismos regulatórios que possam corrigir ou amenizar as falhas de mercado, dar características de eficiência competitiva aos mercados monopolizados, oligopolizados e com concorrência imperfeita, de forma a coibir os abusos do poder econômico, estimular a criatividade, a inovação das empresas e a busca da eficiência alocativa, técnica e dinâmica na ação dos agentes econômicos.

Dessa forma, a regulação é defendida como a solução para se evitar três alternativas negativas do ponto de vista do bem estar social, que seriam, na visão de Possaset al (1998, p.52), as seguintes:

1ª – A livre operação de uma única empresa privada que acabará por restringir a quantidade ofertada e praticar preço de monopólio;

2ª – A livre operação de várias empresas privadas em escalas subótimas, o que implica preços e custos elevados, embora as margens de lucro possam ser reduzidas; e

3ª – A produção estatal com uma escala de produção eficiente, mas sujeita a ineficiências oriundas de um gestão politizada ou meramente sem incentivos para buscar ganhos de produtividade e qualidade.

As agências reguladoras, na visão da mais moderna doutrina, principalmente de Carvalho Filho (2008, p.558), são entidades autárquicas especiais, criadas pelo Governo, dentro do processo de modernização do Estado, com o objetivo institucional de controlar as pessoas responsáveis pela prestação de serviços públicos, sob a forma de concessão, permissão e autorização, além de intervir no

domínio econômico, quando necessário, para se evitar abusos dos entes regulados provenientes da iniciativa privada.

Criadas por leis específicas, as agências reguladoras detêm prerrogativas especiais que lhes habilitam a administrar interesses do governo, empresários e usuários, grupos antagônicos que lutam para fazerem prevalecer suas posições no mercado, no cenário estabelecido pelo modelo de Estado regulador decorrente do Plano Nacional de Desestatização – PND, que transferiu “à iniciativa privada o que o Estado exercia de forma dispendiosa e indevida.”, segundo Carvalho Filho (2008, p.559)

Cabe ressaltar, de forma mais específica, na ótica de Rodas;Oliveira(2004, p.134), que:

As agências reguladoras disciplinam o comportamento dos agentes econômicos em um primeiro momento por meio da edição de normas gerais (regulação) e, em um segundo momento, através da aplicação dessas normas a casos concretos, em que é julgada a conduta de uma empresa ou de um grupo determinado de agentes econômicos.

1.3. Defesa da concorrência

Mercados do tipo competitivos são aqueles em que existem muitos compradores e vendedores, que comercializam produtos homogêneos e não existem barreiras de entrada, e de forma tal que nenhum deles, agindo individualmente, consegue exercer influência significativa sobre os preços e quantidades praticados no mercado. Nesses mercados, as empresas, para sobreviverem, precisam manter baixo os custos e a margem de lucro, oferecer bens e serviços de qualidade, além de direcionar investimentos suficientes para um processo contínuo de inovação e desenvolvimento de novos produtos, face às ameaças dos competidores existentes e potenciais.

A livre concorrência, conforme estabelece o artigo. 170 da Constituição Federal de 1998, que define a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observado o princípio da livre concorrência (inciso IV do artigo 170), é decorrente das condições de mercado, onde qualquer agente pode exercitar seu desejo de compra e venda sem prejudicar desarazoadamente o interesse dos demais.

A política da competição se desenvolve, por meio de dois tipos de instrumentos básicos muito bem citados por Possas et al (1998,p.356), conforme transcrito a seguir:

O primeiro é o estabelecimento de estruturas competitivas de mercado, impedindo o surgimento de empresas grandes o suficiente para deter poder de mercado. Tipicamente, as agências de defesa da concorrência fazem isso controlando os **atos de concentração** entre empresas, impedindo o surgimento de monopólios ou *empresas dominantes*. Complementarmente, as autoridades também proíbem certas condutas empresariais, tanto para impedir que um grupo de empresas aja de forma concertada para manipular as condições de oferta, como ainda impedir que uma *empresa dominante* abuse de sua posição para prejudicar concorrentes menores. Trata-se da repressão ao abuso de poder econômico ou do **controle de condutas anticoncorrenciais.(grifos nossos)**.

No Brasil o controle da política da competição é feito pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência constituído pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, autarquia subordinada ao Ministério da Justiça e a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, vinculada ao Ministério da Fazenda.

A finalidade da atuação do Sistema de Defesa da Concorrência, segundo o artigo 1º da Lei 8.884², de 11 de junho de 1994, cujo conteúdo foi reiterado no art. 1º da Lei nº 12.529/2011, é a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Os objetivos da Política de Defesa da Concorrência se baseiam no estímulo e manutenção da máxima concorrência de forma a atingir a eficiência econômica do mercado competitivo brasileiro e garantir um bem estar agregado ao consumidor/cliente, para que ele possa adquirir bens e serviços inovadores e de melhor qualidade, a preços mais baixos, com maiores e melhores opções de escolha junto aos seus fornecedores.

Há que se considerar que a defesa da concorrência, tanto quanto a regulação de econômica demercados, tem objetivo primordial a promoção do bem-estar social, embora com enfoques diferentes, o que será tratado na seção seguinte.

² A Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, foi revogada pela Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, sem alteração de redação do artigo primeiro.

1.4. Relação entre regulação e defesa da concorrência

Com as evoluções históricas da política de defesa da concorrência e da regulação, Possas et al (1998,p.50) afirma que os setores de infraestrutura, historicamente monopólios privados ou estatais, tem sofrido um processo de transformação estrutural, em que a concorrência, pela entrada de novos competidores em alguns segmentos de mercado, coexiste com a necessidade de regulação sobre segmentos monopolizados.

Há que se considerar a necessidade de estabelecer fronteiras que delimitem a atuação (competências) dos órgãos da defesa da concorrência e as agências reguladoras. Em uma visão simplificada, a defesa da concorrência atuaria na proteção dos mecanismos de mercados e submercados com características competitivas e a regulação agiria em substituição desses mecanismos diante de falhas de mercado consideradas insuperáveis.

Segundo Rodas;Oliveira(2004, p.139), baseado em estudo da OCDE, é possível delimitar as competências da autoridade da defesa da concorrência e as do regulador, utilizando-se de quatro elementos diferenciadores principais, conforme resumido no Quadro I seguinte:

Quadro I - Regulação versus defesa da concorrência

Agências Dimensões	Política de concorrência	Regulação tradicional
Objetivos	Mais restritiva: Eficiência alocativa	Mais abrangente: Universalização dos serviços, integração regional e meio ambiente
Métodos	Proteção dos mecanismos de mercado	Substituição de mecanismos de mercado
“Timing” e frequência de intervenção	Ex-post ³	Ex-ante
Tipos de recomendação	Medidas estruturais	Medidas comportamentais

³ A autoridade de defesa da concorrência agiria a posteriori, exceto no controle de atos de concentração.

O foco da agência de defesa da concorrência ocorre nos mercados não-competitivos, nos quais há maior probabilidade de ocorrência de ilícito em função da existência de poder de mercado. Nestes mercados não competitivos, a maioria dos problemas é devida a falhas de regulação, embora o estabelecimento de regras pró-concorrenciais possa atenuar ou mesmo eliminar as falhas de mercado. Já o foco principal da agência regulatória setorial é nos monopólios naturais temporários, onde é necessário criar regras específicas que impeçam o abuso do poder de mercado.

Mesmo nos monopólios naturais é importante a atuação da defesa da concorrência nos sub-segmentos que não são monopólios naturais, os quais prescindiriam de regulação específica. Como os setores de infraestrutura permanecem parcialmente regulados – alguns segmentos continuam sendo explorados por uma única empresa – exige-se que os critérios de regulação sejam consistentes com o objetivo de promoção da competição.

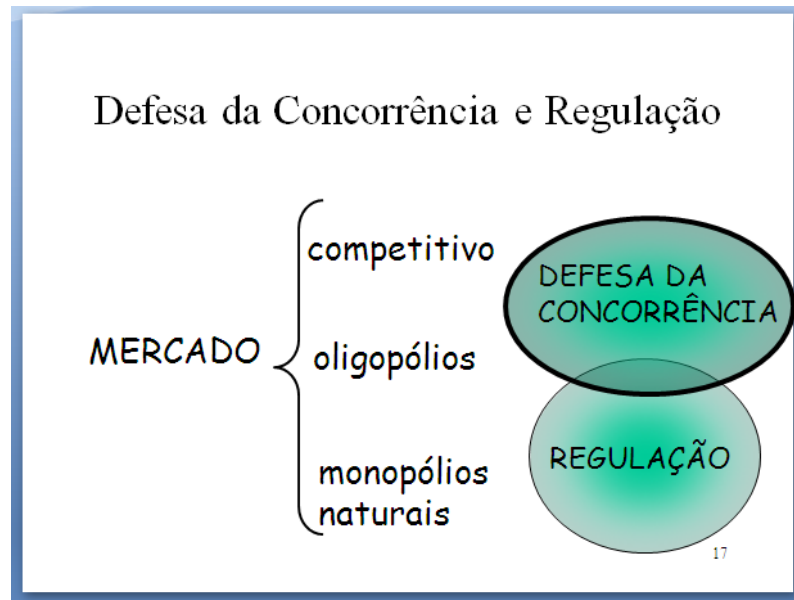
Em setores como telecomunicações e transportes, em que as condições de custo, tecnologia, e demanda, variam significativamente no tempo, pode-se considerar que os monopólios naturais são temporários e regidos por normas de mercado, tornando cambiáveis as fronteiras de competências entre os órgãos de regulação e defesa da concorrência (caráter dinâmico da delimitação entre monopólios naturais e mercados competitivos).

Por outro lado, a tendência moderna da teoria da regulação é de desenvolver mecanismos que gerem uma convergência entre a defesa da concorrência e a regulação, o que torna mais complexa a tarefa de delimitação das fronteiras entre elas, apesar das diferenças identificadas no Quadro I. A regulação tende a atuar *ex-ante*, substituindo-se ao mercado e adotando instrumentos comportamentais, embora venha se transformando mediante a adoção de mecanismos estruturais que mimetizam o mercado e não demandam monitoramento contínuo, enquanto a defesa da concorrência tornou-se mais preventiva, especialmente com a atuação no controle de atos de concentração nos Estados Unidos e União Européia, ainda que no Brasil esse viés não seja tão significativo.

A relação entre regulação econômica e defesa da concorrência sob a ótica de mercado, pode ser visualizada didaticamente no Quadro II seguinte. Nele podemos verificar que existe uma preponderância da atuação da defesa da concorrência e regulação tradicional, para o mercado competitivo e monopólios naturais,

respectivamente, enquanto que para os oligopólios existe uma interseção mais significativa na ação dos dois institutos.

QUADRO II



Fonte: Slide - Aula I de pós-graduação em Direito Regulatório – Professor Ricardo Cueva

Cabe enfatizar, também, que mesmo nos mercados competitivos e nos monopólios naturais existem espaços de atuação simultânea ou complementar desses dois instrumentos de defesa do bem estar da sociedade. A área de energia elétrica, por exemplo, antes monopólio natural com exploração estatal integral, hoje encontra-se parcialmente desestatizada e constituída de segmentos com concorrência potencial (geração e comercialização), que devem ser controlados pela ótica da defesa da concorrência, e segmentos com a estrutura de monopólios naturais temporários (transmissão e distribuição), que são tipicamente regulados.

No caso dos mercados puramente competitivos, por exemplo, a produção e comercialização de utensílios domésticos, a defesa da concorrência atua para evitar a formação de carteis e o abuso de poder de mercado pelas empresas, visando a proteger mediatamente o bem-estar do consumidor. Por outro lado, a defesa do consumidor protege imediata e diretamente o consumidor, ao disciplinar relações de consumo assimétricas. Um importante papel, ainda, é reservado à regulação técnica,

que define padrões e métodos de fabricação, sob a responsabilidade do INMETRO⁴, para se manter a qualidade técnica e a segurança dos produtos.

Diante do exposto, delineadas as relações entre a defesa da concorrência e a regulação e enunciados, ainda que brevemente, os grandes desafios enfrentados pela autoridade da concorrência, por um lado, com sua competência extensiva a todos os setores da economia, e, por outro das agências reguladoras, com atribuições específicas para os mercados em que atuam, conclui-se que é necessária cooperação permanente entre esses órgãos, com o objetivo de maximizar o bem-estar social .

1.5. Competências da regulação setorial e da defesa da concorrência

Como já explanado anteriormente, não há como negar a forte interação entre regulação setorial e defesa da concorrência, o que dificulta sobremaneira a delimitação de suas competências no âmbito direito internacional e mesmo no pátrio.

Aragão (2005) em seu excelente artigo “Competências Antitruste e Regulações Setoriais” relata que parte das dificuldades para a solução dos eventuais conflitos de competência entre elas decorre da aplicação sem a devida crítica das teorias norte-americanas denominadas “Teoria de Ação Política” (*State Action Doctrine*) e “Teoria do Poder Amplo” (*Pervasive Power Doctrine*).

A primeira teoria surgiu de uma decisão da Suprema Corte Norte- Americana para resolver um conflito de competência entre atos dos governos estaduais e a legislação federal de defesa da concorrência. A exclusão da aplicação da legislação federal por uma determinada regulação setorial estadual poderia ocorrer sob dois critérios atendidos cumulativamente: a decisão da autoridade reguladora deveria ser decorrente de uma política claramente expressa de substituição da concorrência pela regulamentação setorial e com a necessária supervisão ativa e constante quanto ao cumprimento das obrigações.

⁴O Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - Inmetro, autarquia vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, criado pela Lei nº 5.966, de 1973.

A segunda teoria, denominada de “Teoria do Poder Amplo”, elaborada para resolver conflitos de competência entre o órgão de defesa da concorrência e o agente regulador setorial, ambos na esfera federal, prevê também duas alternativas para afastar a incidência da legislação antitruste. Pode ocorrer quando a autoridade regulatória tem competência para aplicar diretamente a legislação de defesa da concorrência ou tem grande extensão para afastar qualquer outra atribuição no âmbito concorrencial.

De acordo com Justen Neto (2010), embora se verifique em certa medida a influência de tais teorias no Brasil, o fato é que elas não são integralmente compatíveis com o nosso sistema jurídico. Por isso, não há o afastamento integral da disciplina concorrencial nos setores regulados.

Na verdade adoutrina enfatiza a complementaridade existente entre as competências das autoridades regulatórias e de defesa da concorrência, o que é confirmado pela legislação vigente segundo a Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.

1.6. Regulação e concorrência em setores de infraestrutura

Os setores de infraestrutura são compostos por segmentos com mercados potencialmente competitivos e por segmentos de monopólio natural. As pressões competitivas, aliadas à crise fiscal dos estados e à perda de eficiência produtiva das empresas estatais, levaram ao questionamento dos monopólios fornecedores de serviços públicos.

Ao mesmo tempo, a existência de ineficiências regulatórias no controle de empresas privadas, incentivou movimentos de reformulação das práticas regulatórias. De maneira geral, sob a regulação tradicional foram fracos os efeitos dos incentivos para a redução de custos e a inovação de produtos nas empresas. Além disso, o processo regulatório envolvia pesados custos orçamentários, decisões ineficientes e aumento do risco de captura das agências reguladoras pelas firmas.

Com a finalidade de superar esses problemas, verificam-se duas tendências regulatórias. A primeira é a introdução de mecanismos de incentivos, para encorajar as operadoras ou segmentos que ainda permanecem como monopólios naturais a atingir objetivos similares aos observáveis em situação de competição nos

mercados. A segunda tendência é uma forma de intervenção regulatória indireta, por meio do estímulo e do monitoramento de uma estrutura competitiva para a indústria, visando criar o ambiente mais neutro possível para todos os agentes.

Para que uma regulação seja eficaz, é recomendável que se disponha de diversos instrumentos, dentre os quais se destacam os seguintes:

- existência de agências independentes;
- controle da entrada e saída do mercado, por intermédio da concessão de licenças para as operadoras, quando for o caso; defesa da concorrência;
- definição do valor e do critério de revisão de reajuste tarifário, com a introdução de mecanismos de eficiência; e
- monitoramento dos contratos de concessão (particularmente no que concerne à qualidade do serviço e ao cumprimento de metas de expansão dos serviços e de universalização do atendimento).

1.6.1. Teoria da Contestabilidade

Na Teoria da Contestabilidade, um mercado é considerado perfeitamente contestável se a entrada na indústria é livre e reversível sem custos, isto é, se não há barreiras à entrada ou à saída nem custos irrecuperáveis. Pinto Jr; Fiani (2002) A grande novidade trazida por essa teoria é a importância conferida à ameaça à entrada, à concorrência potencial. Caso configure um mercado contestável, um monopólio pode ter comportamento aproximadamente competitivo em função da ameaça da entrada de novas firmas.

Nesse contexto, por todo o mundo, países passaram por reformas setoriais, ou o chamado processo de desregulamentação (processo de desmantelamento das estruturas de mercado verticalizadas), com o objetivo de implementar políticas econômicas de remoção de barreiras à entrada, tornando, assim, contestáveis as indústrias de infraestrutura, isto é, introduzindo pressões competitivas como intuito de ganhar eficiência econômica. De acordo com Pinto Jr ; Fiani (2002), são traços gerais das reformas as seguintes medidas:

- Desverticalização dos diferentes segmentos de atividades da cadeia produtiva dos serviços de infra-estrutura.

- Introdução da concorrência em diferentes segmentos de atividade das indústrias de Rede
- Abertura do acesso de terceiros às redes
- Estabelecimento de novas formas contratuais
- Privatização de empresas públicas
- Implementação de novos mecanismos de regulação e criação de novos órgãos Reguladores.

1.6.2. *Essential Facilities*

O conceito de *essential facility* foi desenvolvido nos EUA para um caso que envolvia um trecho de uma linha férrea que passava por dentro de uma cidade e que, portanto, não poderia ser duplicado. Não faz sentido econômico a existência de duas linhas férreas em paralelo se apenas uma delas consegue atender toda a demanda de tráfego. Estes ativos são considerados como *essential facilities*, ou seja, instalações essenciais para que uma empresa possa desenvolver suas atividades em determinado setor. Assim, no exemplo anterior, duas empresas de transporte ferroviário precisariam passar o seu material rodante pela mesma ferrovia.

Nesta questão do acesso ao gargalo (*essential facility*) para as firmas operarem, o preço de acesso assumiu um papel central nessa nova configuração industrial híbrida de monopólio com competição. A ele foram atribuídas múltiplas funções, freqüentemente conflitantes, como incentivar, ao mesmo tempo, investimentos, eficiência, novas entradas e concorrência.

A questão de precificação do acesso é, não somente um dos mais importantes problemas do setor de infra-estrutura, como também uma das questões mais controversas. Reguladores de vários setores têm dedicado esforços crescentes no sentido de desenvolver regras práticas de precificação do acesso à infra-estrutura com o objetivo de evitar o abuso de posição dominante por parte de seu detentor.

1.7. A reforma dos sistemas ferroviários e o uso de instrumentos concorrenciais

Profillidis (2006) faz uma análise das transformações sofridas pelos sistemas de transportes ferroviários na maioria dos países, decorrentes da globalização e liberalização dos mercados de transportes como um todo, com referências a aspectos relativos aos instrumentos concorrenciais utilizados, que serão destacados a seguir, sem prejuízo da visão de outros autores renomados.

No âmbito internacional, a partir de 1980, o desenvolvimento do mercado de transporte, com a gradual liberalização e desregulamentação de suas atividades, levou os sistemas ferroviários a buscar uma maior flexibilidade na organização dos seus serviços, redução dos custos, adaptação às novas tecnologias, exploração de suas vantagens comparativas com os demais modos e a modernização com o objetivo de se tornarem competitivos no mercado de transportes.

Segundo o autor, um importante degrau na liberalização das atividades ferroviárias foi a separação da infraestrutura da operação ocorrido na Europa e em outros países, que colocou um fim na organização monolítica vertical das ferrovias. Na verdade, este foi o primeiro passo para introduzir a competição dentro do mercado ferroviário, embora exista o contra argumento que nos Estados Unidos e em outros países, os operadores ferroviários possuem suas próprias infraestruturas em um ambiente competitivo na prestação do serviço.

Em relação ao processo competitivo e ao grau de separação de infraestrutura e operação da ferrovia, existem três formas básicas:

- A separação completa, ocorrida na Suécia e Inglaterra, onde todos os operadores ferroviários competem entre si na prestação do serviço e estão separados do provedor (gestor) de infraestrutura, ao qual pagam o chamado direito de passagem para a utilização da infraestrutura;
- Não existe separação, mas existe a competição intramodal, o que ocorre nos EUA e Japão. O controle da administração da infraestrutura e a prestação do serviço são realizados por operadores ferroviários dominantes, mas outros operadores ferroviários menores podem utilizar a infraestrutura por meio do pagamento de taxas apropriadas, garantindo a competição.

- Não existe separação e nem competição, como é o caso da China e da Índia. Existe somente uma empresa ferroviária completamente integrada, com um provedor de infraestrutura que é também o operador ferroviário.

Assim sendo, a separação pode servir para vários objetivos, mas principalmente para promover a competição, intramodal (com outros operadores ferroviários), mas também no mercado (com outros modos de transporte).

Com o objetivo de comparação com o modelo brasileiro atual e a proposta de novo modelo que está sendo discutida no governo, foram compilados dos citados autores alguns modelos ferroviários mais significativos de outros países, com destaque para as medidas que favoreceram o processo competitivo intrasetorial.

Quanto ao processo de introdução da competição no mercado ferroviário, levando-se em conta o modelo do sistema ferroviário adotado em cada país, pode-se dividir em dois grupos básicos de países, segundo Ibáñez; Rus (2006). No primeiro ocorreu a introdução da competição por meio da reestruturação vertical, com diversas conformações e níveis de separação entre a infraestrutura e a operação, e no segundo mantendo-se a integração vertical, adotando-se outros procedimentos para estimular a competição.

1.7.1. Competição por meio da reestruturação vertical (1º grupo)

1.7.1.1. O modelo Semi-Integrado com aparente separação orgânica (França)

Este modelo é simultaneamente baseado na separação institucional de responsabilidades, ativo e passivo, deixando conseqüentemente separados os balanços e contabilidade entre o gestor da infraestrutura (Réseau Ferré de France – RFF) e o operador ferroviário (Société Nationale des Chemins de Fer Français – SNCF). A particularidade do modelo Francês reside no fato de que as funções da gerir a exploração e manutenção da infraestrutura não são realizadas diretamente pela RFF, sem que seja contratada a SNCF, a qual manteve em sua estrutura todos os recursos humanos e materiais de que dispunha antes da criação da RFF.

1.7.1.2. O modelo de Holding e subsidiária (Alemanha, Itália, Grécia)

Este modelo tem levado a uma separação jurídica das responsabilidades dos negócios. Conseqüentemente, cada setor é considerado não apenas uma unidade de negócios independente, mas também com uma entidade jurídica distinta com contabilidades separadas, resultados de balanços e finanças. Todas essas companhias legalmente independentes estão moldadas em um sistema de subsidiárias com uma administração central e um presidente. Na teoria, o presidente não pode dar qualquer ordem para o gestor da infraestrutura, o qual deve permanecer completamente independente e imparcial em relação aos operadores, sem qualquer discriminação. As atividades e responsabilidades do operador ferroviário e do gestor da infraestrutura com as subsidiárias precisam estar completamente separadas. A alocação de rotas e cobrança de taxas de acesso têm sido mantidas tão somente pelo gestor de infraestrutura, que deve demonstrar que suas atitudes não são discriminatórias. Assim a organização em forma de *holding* tem levado à criação de um grande número de subsidiárias e a uma rápida liberalização do mercado ferroviário. Registre-se, por exemplo, que existiam mais de 400 novos operadores ferroviários em 2006 na Alemanha, participando em cerca de 15% do mercado ferroviário doméstico de cargas e cerca de 10% do mercado de passageiros.

1.7.1.3. O modelo separado (Suécia)

Segundo Castello Branco (2006) diante dos crescentes déficits econômicos e do abandono de ramais ferroviários antieconômicos decorrentes da concorrência de outros modos de transporte, o parlamento sueco, em 1988, aprovou o *Transport Policy Act – TPA* para sustar os prejuízos advindos da *Swedish State Railways – SJ*, cuja conseqüência principal foi a separação da SJ em dois organismos públicos:

- a *National Rail Administration – Banverket (BV)*, responsável pelo investimento e manutenção da infra-estrutura ferroviária e futura gestora de infraestrutura;
- a nova *SJ*, unicamente operadora ferroviária, que pagaria pedágio nas vias administradas pela *BV*, e que posteriormente (2001) foi dividida em várias

empresas (operadoras de passageiros, de carga, especializadas em manutenção e outras).

Esse foi o primeiro movimento de segregação da infra-estrutura ferroviária que se tem notícia, e influenciou, de maneira decisiva, sua adoção pela comunidade Européia alguns anos depois.

O modelo sueco se baseia na separação institucional completa da companhia ferroviária verticalizada entre o operador e o gestor de infraestrutura, sendo que a alocação de rotas e a cobrança de taxas de acesso devem ser realizadas pelo gestor da infraestrutura.

1.7.1.4. O modelo separado, com separação adicional na organização do gestor de infraestrutura (Holanda)

Este modelo tem sido baseado sobre uma completa separação entre o gestor da infraestrutura e o operador ferroviário. Além disso, existia uma separação na organização do gestor da infraestrutura em três diferentes partes, a primeira sendo responsável pela alocação das rotas e taxa dos acessos, a segunda para as atividades de manutenção e a terceira para o planejamento das atividades de infraestrutura. Entretanto, muitas disputas irromperam entre estes diferentes segmentos, cujos objetivos e limites não eram claros. Visando resolver o problema, o governo decidiu definir os limites para o gestor de infraestrutura, um fato que conduziu o modelo holandês para uma separação completa.

1.7.1.5. O modelo separado junto com a privatização (Reino Unido)

Na década de 80, o governo britânico, sob a liderança da conservadora Margaret Thatcher, empreendeu um vasto programa de privatizações em vários setores da economia, envolvendo telecomunicações, saneamento, aeroportos, rodovias etc. A área ferroviária, naquela oportunidade, era considerada não elegível para a privatização em função de sua complexidade operacional. Em 1992, o livro branco *New Opportunities for Railways*, certamente com base na experiência sueca, estabeleceu as bases da reestruturação da BritishRail –BR:

- separação da infra-estrutura ferroviária da atividade operacional;
- criação da figura do gestor da infra-estrutura;

- divisão da BR em vinte operadores;
- adoção do princípio da concessão para seleção de operadores.

John Major, que sucedeu a Thatcher, foi quem fez aprovar pelo parlamento o *Railways Act*, de 1993, que objetivava a reestruturação da BR nos moldes antes descritos, tendo como estratégias:

- redução do nível de subsídios ao transporte ferroviário no longo prazo;
- introdução de novo dinamismo no setor ferroviário, com melhores respostas às demandas do mercado;
- abertura do setor de transporte à competição, com melhoria da produtividade e qualidade.

Segundo Profillidis (2006) o modelo Inglês foi inspirado no modelo sueco de uma completa separação de responsabilidade do gestor de infraestrutura e daquelas da operação ferroviária, somado a privatização de todas as atividades relativa a:

- Empresa ferroviária, que era separada entre 25 operadores (chamados de TOCs) no setor de passageiros e um número de operadores no setor de cargas. Estas TOCs têm sobrevivido graças a importantes subsídios garantido pelas autoridades nacionais e cujos níveis é parte do contrato; e
- O gestor da infraestrutura (antiga Railtrack, hoje Network Rail), com expertise sobre a via férrea, tem buscado uma maior rentabilidade na gestão da infraestrutura ferroviária pelo corte drástico dos custos de manutenção e operação. Graves problemas financeiros das ferrovias levaram o governo britânico a parcial reestatização da infraestrutura, cujas obrigações tinham sido assumidas pela rede ferroviária.

Este tem sido o argumento da privatização de todos os setores adotados no UK principalmente por levar a uma desregulamentação irreversível. Assim, a reforma nas ferrovias britânicas tem colocado o mercado de cargas no coração da nova organização ferroviária.

1.7.2. Competição com a integração vertical (2º Grupo)

1.7.2.1. O Modelo integrado (Bélgica até 2004, Luxemburgo)

Este modelo é baseado na política de manter a integridade da atividade ferroviária e foi escolhido para satisfazer os desejos expressados pela união dos trabalhadores ferroviários e evitar uma crise social. Estes atores têm levado a criação de Unidades de Negócios para infraestrutura e operação, com gestão independente, mas sem status legal, sob o comando de escritório central e administração única. Em conformidade com as regulações da União Europeia, os grupos responsáveis pela alocação das rotas e taxas de infraestrutura têm sido criados fora das companhias ferroviárias.

1.7.2.2. O modelo Americano (EUA)

O modelo americano, apesar de também ser regionalizado, permitiu a construção de linhas ferroviárias paralelas, com diversas concessionárias competindo em uma mesma região, inclusive com a participação de ferrovias canadenses como a Canadian Pacific e a Canadian National.

Nos Grandes Lagos, na região de Chicago, Detroit, Cleveland e Toronto, a malha ferroviária é composta por diversas ferrovias “Classe I”, as grandes ferrovias que concorrem lado a lado, e complementadas pelas linhas curtas, também conhecidas como *short lines*, pequenas ferrovias que operam em ramais secundários, tornando o serviço ferroviário abrangente, eficiente e barato.

A concorrência entre as ferrovias Classe I ocorre também em toda a Costa Leste e no Meio Oeste. No Vale do Mississipi, outras grandes ferrovias também disputam o mercado de carga. A concorrência entre a BNSF e Union Pacific se estende até a Califórnia, na Costa Oeste, onde também disputam o mercado de cargas, integradas a dezenas de *short lines*.

Cabe ressaltar que as ferrovias americanas nasceram privadas, sofreram algum nível de estatização ao longo história, sem, contudo, perderem os aspectos competitivos da livre iniciativa dentro de um contexto de operação verticalizada, ou seja, não se realizou a separação da gestão da infraestrutura da operação dos trens para a prestação dos serviços de transporte de cargas ou mesmo de passageiros. A

prestação do serviço ferroviário ou é feita por uma empresa integrada(vertical) ou por um operador ferroviário que trafega na malha da empresa verticalizada por meio do pagamento do direito de passagem.

Depreende-se da literatura pesquisada, que mesmo com o forte processo de oligopolização ocorrido no mercado das empresas ferroviárias ao longo do tempo, com inúmeras fusões e aquisições decorrentes da evolução concorrencial do mercado de transportes e de fatores econômicos, o processo competitivo se manteve entre as empresas, algumas delas até com linhas férreas paralelas, e entre elas e os operadores ferroviários independentes, sem esquecer a complementação e integração do transporte entre as Ferrovias Classe I e as pequenas ferrovias regionais denominadas *shortlines*.

1.7.2.3. O Modelo Latino Americano - Competição por concessão⁵

Entre 1991 e 1998, as ferrovias estatais na Argentina e no Brasil foram divididas em malhas independentes e, posteriormente, objeto de desestatização, através da celebração de contratos de concessão, conferindo as concessionárias o direito de explorar com exclusividade a infraestrutura ferroviária nas suas respectivas malhas. As concessionárias atuam em áreas geográficas distintas, não concorrendo diretamente entre si. Na grande maioria dos casos, o seu principal concorrente é o transporte rodoviário. O Brasil e a Argentina possuem uma infra-estrutura de transporte subdesenvolvida. A demanda por transporte ferroviário em ambos os países tem sido historicamente maior do que a capacidade dos respectivos sistemas.

A malha argentina atual é de aproximadamente 34.000 km, em três bitolas (larga - 1.676 mm, padrão - 1.435mm e métrica - 1.067 mm), aí incluídas algumas linhas provinciais, a maioria a espera da difícil reativação do transporte regional de passageiros. O volume de transporte é de cerca de 20 milhões de toneladas anuais, liderado pela Nuevo Central Argentino – NCA.

A seguir é feita uma descrição do Sistema Ferroviário Brasileiro, destacando-se as características do modelo atual que é resultado do processo de reestruturação

⁵(KOGAN, 2006).

da extinta Rede Ferroviária Federal com adoção do sistema verticalizado por concessão.

2. O SISTEMA FERROVIÁRIO BRASILEIRO

2.1. Histórico e contextualização

A desestatização do setor ferroviário brasileiro se iniciou em 1992 com a inclusão da Rede Ferroviária Federal – RFFSA no Programa Nacional de Desestatização – PND, desenvolvido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico Social – BNDES. Os objetivos principais foram dar eficiência ao Sistema de Transporte Ferroviário, aprimorar a qualidade do serviço prestado, ampliar os investimentos por meio da iniciativa privada e restaurar o equilíbrio econômico-financeiro ao sistema ferroviário como um todo.

Especificamente para o Sistema Ferroviário foi adotado um modelo vertical de exploração de infraestrutura associada à prestação do serviço, sob o regime de concessão e arrendamento de ativos ferroviários, para seis malhas regionais (Nordeste, Sudeste, Sul, Oeste, Centro-Leste e Teresa Cristina) onde funcionavam as Superintendências Regionais da extinta RFFSA, além da Malha Paulista. A Estrada de Ferro Vitória a Minas – EFVM e a Estrada de Ferro Carajás – EFC foram desestatizadas em conjunto com a Companhia Vale do Rio Doce – CVRD, sendo que a prestação do serviço público de transporte de cargas passou a ser feita também sob o regime de concessão.

Os contratos de concessão e arrendamentos, para as malhas oriundas da RFFSA, vigoram pelo período de 30 anos sob o modelo de regulação por tarifa-teto, sendo obrigação das concessionárias fazer investimentos para a prestação do serviço adequado e o cumprimento de metas de produção e segurança de transportes pactuadas quinquenalmente com o Poder Concedente, sem a especificação de investimentos mínimos.

O modelo vertical de exploração de infraestrutura associada à prestação do serviço, operado por concessões ferroviárias em áreas geográficas específicas sob

o regime monopolista, levou ao desenvolvimento do mercado serviço de transporte ferroviário com as seguintes características⁶.

- Produção de transporte ferroviário voltada basicamente para o mercado externo (exportação de commodities);
- Forte concentração de produção de transporte em commodities minerais metálicos (minério de ferro) e commodities agrícolas (soja);
- Elevada concentração da produção de transporte em apenas 1/3 da malha atual;
- Pouca conectividade entre as concessionárias (Operações em direito de passagens ou tráfego mútuo limitam-se a pouco mais de 7 % da produção total de transporte);
- Tendência de concentração da operação nos trechos de maior densidade de tráfego em razão da maior rentabilidade.
- Alta ociosidade nos trechos de baixa densidade de tráfego, gerando o abandono de linhas e edifícios arrendados.

Diante dessa realidade de mercado, com objetivo de estimular a interoperabilidade entre malhas ferroviárias e fomentar a competição intra-setorial em benefício de ampliação, diversificação e melhoria na prestação do serviço público de transporte ferroviário de cargas, a Agência Nacional de Transportes Terrestres fez uma revisão do marco regulatório ferroviário brasileiro com a edição, em 20 de julho de 2011, dos seguintes atos normativos regulatórios:

- ❖ Resolução ANTT 3.694/2011 (Regulamento dos Usuários dos Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas);
- ❖ Resolução ANTT 3.695/2011 (Regulamento das Operações de Direito de Passagem e Tráfego Mútuo); e
- ❖ Resolução ANTT 3.696/2011 (Regulamento para Pactuar Metas de Produção por Trecho e Metas de Segurança).

⁶*Desafios e Perspectivas da Revisão do Marco Regulatório do Setor Ferroviário Brasileiro - Palestra proferida por Fábio Coelho Barbosa - Gerente da GEROF/SUCAR /ANTT, em 7 de outubro de 2011, para representantes do BTG – Pactual, São Paulo.*

No contexto do aprimoramento do marco regulatório, a Resolução ANTT 3.695/2011, que aprova o Regulamento das Operações de Direito de Passagem e Tráfego Mútuo, disciplina os procedimentos relativos ao compartilhamento de infraestrutura ferroviária e de recursos operacionais visando à integração do Sistema Ferroviário Nacional e revoga a Resolução ANTT 433/2004, que normatizava o tema.

2.2. O compartilhamento da infraestrutura e a baixainteroperabilidade entre as malhas ferroviárias – Resolução 433/2004

Em 17 de abril de 2004, a ANTT expediu a Resolução 433, publicada no Diário Oficial da União em 12 de março de 2004, para regulamentar o inciso V do art. 25 da Lei nº 10.233/2001 e a cláusula nona do contrato de concessão das malhas ferroviárias oriundas da extinta RFFSA, mostrados a seguir:

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;

“CLÁUSULA NONA – DA OBRIGAÇÃO ENTRE AS PARTES

DA OBRIGAÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS: (...)

XXII – Garantir tráfego mútuo ou, no caso de sua impossibilidade, permitir 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 fazer com relação às cláusulas de tais contratos referentes ao controle do abuso de poder econômico e à segurança do tráfego ferroviário;

A regulamentação de tráfego mútuo e direito de passagem, segundo a Resolução 433/2004, se deve à “(...) necessidade de interconexão entre as operadoras de transporte ferroviário de cargas, possibilitando a formação de corredores de transporte, em especial com vistas à exportação e ao atendimento do mercado interno (...)”, com objetivo central da “(...) integração operacional do Sistema Ferroviário Federal.”

Sob essa ótica e em uma interpretação restritiva da legislação e contrato de concessão, contextualizada na formas de operação que existiam entre as malhas da Rede Ferroviária Federal, foram adotadas as seguintes definições:

I - tráfego mútuo: é a operação em que uma concessionária, necessitando ultrapassar os limites geográficos de sua malha para complementar um prestação de serviço público de transporte ferroviário, compartilha recursos operacionais, tais como material rodante, via permanente, pessoal, serviços e equipamentos, com a concessionária em cuja malha se dará o prosseguimento ou encerramento da prestação do serviço, mediante remuneração ou compensação financeira; e

II - direito de passagem: é a operação em que uma concessionária, mediante remuneração ou compensação financeira, permite a outra trafegar na sua malha para dar prosseguimento, complementar ou encerrar uma prestação de serviço público de transporte ferroviário, utilizando a sua via permanente e o seu respectivo sistema de licenciamento de trens.

Destaca-se, portanto, a preferência da utilização do tráfego mútuo em relação ao direito de passagem para a operação ferroviária envolvendo mais de uma malha, sendo que o exercício do direito de passagem fica condicionado à impossibilidade de fazer o tráfego mútuo.

O exercício do tráfego mútuo é previsto somente para dar prosseguimento ou encerramento da prestação do serviço originado em uma malha ferroviária, sendo obrigatória, a substituição da(s) locomotiva(s) e equipagem (maquinista(s) e auxiliar(es)) dos trens da concessionária de origem, ao ultrapassar seus limites geográficos, pela concessionária responsável em dar continuidade à prestação do serviço. A partir daí, nas chamadas estações ferroviárias de intercâmbio, a concessionária responsável faz novo licenciamento do trem, por meio de seu sistema de controle operacional, e assume integralmente a operação do comboio, para finalizar ou dar prosseguimento à prestação do serviço.

No direito de passagem, a concessionária que inicia a prestação do serviço de transporte capta a carga em sua própria malha, e ao ultrapassar os seus limites geográficos, licencia o trem nos sistema operacional da concessionária visitada e trafega na sua via permanente para dar prosseguimento, complementação ou encerramento do serviço.

O compartilhamento infraestrutura ferroviária, seja em tráfego mútuo ou direito de passagem, deve ser regido por meio de Contrato Operacional Específico – COE a ser firmado entre as concessionárias interessadas.

O COE, segundo a Resolução 433/2004, deveria conter cláusulas mínimas, tais como prazo de validade do contrato, taxas de remuneração e de operações

acessórias, partilhas de receitas, estimativas de carga a serem transportadas, fluxos de transporte por tipo de operação, os trechos das malhas a serem utilizados, características técnicas das vias, dos sistemas e procedimentos operacionais, usuários e produtos relativos ao compartilhamento de infraestrutura ferroviária em tráfego mútuo e/ou direito de passagem,

A Resolução 433/2004 estabeleceu regras para efeito de cálculo e apuração de índices de acidentes e meta de produção de transporte, segundo previsões do contrato de concessão, de forma a clarificar a contribuição da produção de transporte e ocorrências de acidentes decorrentes das operações de compartilhamento de recursos operacionais e de infraestrutura entre as concessionárias.

Os acidentes, tanto no tráfego mútuo quanto no direito de passagem, serão computados para a concessionária responsável. Para produção de transporte em tonelada quilômetro útil – tku, a norma⁷ previu:

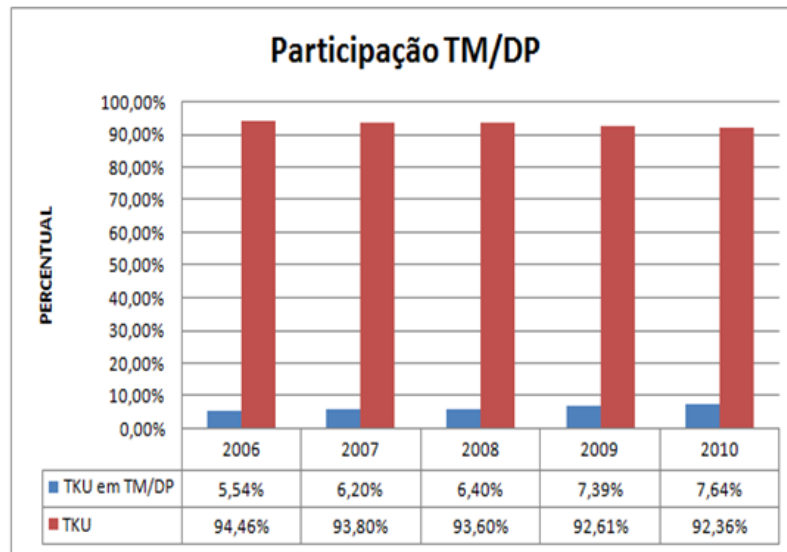
- a) no tráfego mútuo, será registrada proporcionalmente entre as concessionárias coparticipantes, levando-se em consideração a distância percorrida nos trechos administrados por cada uma delas, desde que constante do Contrato Operacional Específico a forma de apuração da produção entre as concessionárias; e
- b) no direito de passagem, a produção deverá ser computada para a Concessionária responsável pelo transporte, podendo ser considerada para a Concessionária cedente do direito de passagem parcela proporcional ao uso dos recursos de infraestrutura, desde que haja previsão no Contrato Operacional Específico.

Cabe enfatizar, que a Resolução 433/2004 não estabeleceu diretrizes ou regras para o cálculo tarifário, apenas a exigência de que as concessionárias deveriam manter cadastro e documentação atualizados à disposição da ANTT a respeito de preços praticados e receitas auferidas, em razão do exercício do tráfego mútuo e direito de passagem, ou seja a Agência não exerceu uma regulação econômica direta deixando espaço para negociação entre as concessionárias.

A Resolução 433/2004, em função das suas característica genéricas, não estimulou as concessionárias a um processo competitivo pela ampliação do exercício do direito de passagem/tráfego mútuo e o aumento na interoperabilidade entre as malhas para a integração do sistema ferroviário nacional. A prova disso foi que a participação do tráfego mútuo e direito de passagem (TM/DP) não teve um crescimento significativo e representou em 2010 apenas 7,64 % do total da

⁷Art. 5º da Resolução 433/2005

produção brasileira de transporte ferroviário de cargas, conforme podemos observar no gráfico seguinte.



FORNE: ANTT/SAFF

3. REGULAÇÃO E A DEFESA SETORIAL DA CONCORRÊNCIA NO SISTEMA FERROVIÁRIO BRASILEIRO

3.1. Evolução do compartilhamento de infraestrutura ferroviária

Tendo em vista o disposto no tópico histórico e contextualização deste trabalho, e baseando-se no disposto na Resolução ANTT 3.695/2011, foram definidos alguns elementos básicos necessários às alterações do marco regulatório, tais como: trecho ferroviário; malha ferroviária; capacidade instalada; capacidade vinculada; capacidade ociosa; direito de passagem e tráfego mútuo.

Trecho ferroviário é o segmento da malha delimitado por: pátios em que se realizam operações de carga e/ou descarga; pátios limítrofes da ferrovia; pátios que permitam a mudança de direção; ou pátios que permitam a interconexão das malhas de diferentes concessionárias, sendo a *malha* ferroviária o conjunto de trechos ferroviários.

Capacidade instalada é a capacidade de transporte possível em um trecho ferroviário, expressa pela quantidade de trens que poderão circular, nos dois sentidos, em um período de vinte e quatro horas e a *capacidade vinculada*, representa a quantidade de trens que poderão circular em um trecho ferroviário, nos dois sentidos, no mesmo período de vinte e quatro horas, definida em função da meta de produção pactuada entre a concessionária e a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.

Assim, a norma define a *capacidade ociosa* em determinado trecho ferroviário como a capacidade de transporte calculada pela diferença entre capacidade instalada e capacidade vinculada.

A cada ano, como veremos mais adiante, a capacidade ociosa existente será disponibilizada para a ampliação da interoperabilidade na malha ferroviária como um todo, por meio do exercício, pelas concessionárias, do direito de passagem ou tráfego mútuo para prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas aos

usuários ou mesmo para a prestação do *serviço exclusivo*⁸ à usuários que tenham condições de adquirir o material rodante (locomotiva e vagões).

O direito de passagem, portanto, foi redefinido como a operação em que uma concessionária, para deslocar a carga de um ponto para 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, e o tráfego mútuo como 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.

No que se refere ao compartilhamento de infraestrutura ferroviária ou de recursos operacionais, podemos afirmar que o mesmo deverá ser realizado mediante tráfego mútuo ou, na sua indisponibilidade, mediante direito de passagem. Entretanto, será vedado o compartilhamento entre concessionárias quando o início e o encerramento da prestação de serviço ocorrer na malha da cedente.

Como instrumento de gerenciamento da capacidade das malhas existentes será utilizada a Declaração de Rede, apresentada por cada concessionária à ANTT, anualmente, até 1º de junho, que é um documento constituído por informações a respeito da malha concedida, tais como:

- I. Bitola dos trechos ferroviários;
- II. Sistemas de sinalização e comunicação adotados;
- III. Inventário de capacidade contendo a capacidade instalada e a capacidade ociosa dos trechos ferroviários;
- IV. Limites de carregamento da via permanente e das obras de arte especiais por trecho ferroviário, expressos em toneladas por eixo;
- V. Localização dos postos de abastecimento e oficinas de manutenção e inspeção
- VI. Comprimento útil e distanciamento dos pátios de cruzamento; e

⁸O serviço exclusivo engloba necessariamente as atividades de licenciamento, condução e abastecimento do trem, segundo a Resolução ANTT nº 3694/2011, a ser contratado obrigatoriamente da concessionária prestadora do serviço, pelo usuário de carga própria ou por um Operador de Transporte Multimodal – OTM. Os demais serviços necessários à prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas poderão ser contratados da concessionária ou de terceiros ou mesmo serem realizados pelo próprio usuário ou OTM, tais como: carregamento e descarregamento, manobra, manutenção do material rodante, armazenagem.

VII. Padrões operacionais exigíveis para o cálculo de capacidade, tais como trem-tipo, sistemas de sinalização e comunicação, tempos de percurso médio entre duas estações em ambos os sentidos e tempo médio de cruzamento nos pátios.

As Declarações de Rede serão objeto de análise e fiscalização por parte da ANTT, a qual poderá solicitar a correção de inconsistências e abrir processo administrativo para a apuração pelas eventuais incorreções de informações, e serão disponibilizadas, de forma consolidada para toda a malha ferroviária, em seu sítio eletrônico até 1º de outubro de cada ano para o planejamento da interoperabilidade.

Por sua vez, no Contrato Operacional Específico – COE, a ser firmado entre as concessionárias requerente e o cedente do tráfego mútuo ou direito de passagem, serão estabelecidos os direitos e obrigação entre as partes. Dentre outras, são cláusulas específicas do COE aquelas que estabeleçam o trecho ferroviário a ser utilizado; fluxo de transporte por tipo de operação de tráfego mútuo ou de direito de passagem; estimativa da carga a ser transportada em tonelada útil e tonelada quilômetro útil; composição do trem e a carga por eixo de locomotivas e vagões utilizados; e o prazo de vigência. Após sua formalização, as partes deverão encaminhar à ANTT cópia do COE e de eventuais termos aditivos.

Quanto aos investimentos para expansão da capacidade, estes poderão ser feitos tanto pela cedente como pela requerente nos trechos em que não exista capacidade ociosa. Caso os investimentos tenham sido realizados pela cedente, esta poderá exigir no COE, cláusula de demanda firme, contendo prazos e taxas de retorno compatíveis à recuperação dos investimentos realizados, respeitado o prazo final da concessão. Caso os investimentos sejam suportados pela requerente, esta terá direito à reserva de uso da capacidade ociosa.

A responsabilidade pela aprovação técnica do projeto, bem como a execução das obras será sempre da cedente, devendo os prazos para a execução das obras estabelecidos em comum acordo com as partes ou, na sua impossibilidade, determinados pela ANTT. Da mesma forma, a responsabilidade pela operação de manutenção do trecho ferroviário objeto de investimento de expansão de capacidade realizado pela requerente caberá integralmente à cedente responsável pela malha de que faz parte.

As tarifas referentes à operação em direito de passagem ou tráfego mútuo serão estabelecidas por meio de negociação entre as partes e são compostas pela parcela de custo operacional e remuneração de capital. Por sua vez, a parcela de custo operacional é composta pelos custos fixos e variáveis, bem como os custos de arrendamento, se houver. A parcela correspondente à remuneração do capital será calculada como uma alíquota, estabelecida anualmente pela ANTT, sobre uma base de remuneração, composta pelo capital empregado necessário à prestação do serviço público de transporte ferroviário, acrescida de tributos incidentes sobre o resultado.

No transporte de produtos perigosos solicitado pela requerente, a cedente poderá repassar à tarifa dessa os dispêndios necessários à adequação da malha ferroviária. No entanto, caso novos usuários ou requerentes contratem serviço de transporte no trecho após a realização das obras de adequação para o transporte de produtos perigosos, a cedente poderá ratear os dispêndios de forma proporcional à produção de transporte de cada um.

3.2. O incremento na interoperabilidade e na concorrência - Resolução 3.695/2011

Apesar dos significativos e públicos avanços obtidos a partir do programa de desestatização, notadamente, quanto à segurança, aumento da produção e investimentos realizados, as ferrovias brasileiras pouco avançaram no que se refere à conectividade e utilização integrada da malha (ver gráfico de participação de TM/DP – Item 2.2 deste trabalho.)

Em 12/03/2004, com a edição da Resolução 433/2004, foram regulamentados o tráfego mútuo e o direito de passagem. Estas modalidades representam obrigação das concessionárias de ferrovias, prevista nos respectivos contratos de concessão⁹, de permitir o uso por outras, compartilhando os recursos operacionais sob a sua responsabilidade com a concessionária visitante. 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.

⁹ Cláusula 9.1, inciso XXII – É obrigação da Concessionária garantir tráfego mútuo ou, no caso de sua impossibilidade, permitir o direito de passagem a outros operadores de transporte ferroviário, mediante celebração de contrato.

A ANTT, com objetivo de ampliar a competitividade no setor, estimular a utilização de toda a malha por parte das concessionárias e criar condições para uma maior participação do modo ferroviário na Matriz de Transporte, editou a Resolução 3.695/2011.

Por meio deste ato, o conceito de direito de passagem foi ajustado e se tornou mais abrangente e possível o exercício do direito a cada concessionária de receber ou entregar carga em qualquer ponto da malha ferroviária federal. Como relatado, anteriormente, o direito de passagem era previsto somente para dar prosseguimento ou encerramento da prestação do serviço originado em uma malha ferroviária, sendo que hoje ainda continua a exclusividade - ou monopólio – para o transporte de cargas originadas e encerradas por cada concessionária dentro de sua própria malha.

De forma complementar, para prover eficácia ao instrumento proposto, a Agência estabeleceu critérios para a definição da tarifa de direito de passagem e tráfego mútuo, além de disciplinar o uso da capacidade ociosa (disponível), a realização de investimentos de expansão e a exigência para que as concessionárias apresentem anualmente a Declaração de Rede - DR.

A Declaração de Rede - DR, conjunto de informações das malhas concedidas segundo o Art. 5º¹⁰ da Resolução 3.695/2011, é um instrumento a ser utilizado pela ANTT nas mediações de conflitos entre concessionárias e usuários quanto às solicitações de prestação do serviço, pois na DR deverão ser informadas a capacidade instalada e a ociosa de cada trecho ferroviário. Conforme o art. 8º da citada Resolução, *“o direito de passagem ou tráfego mútuo serão exercidos pela requerente, observado o limite da capacidade ociosa no trecho ferroviário objeto do COE”*.

A capacidade ociosa declarada pelas concessionárias torna-se, então, um limitador aos interessados em utilizar determinada infraestrutura, devendo então a ANTT atuar na fiscalização e auditoria das informações prestadas, punindo as empresas que apresentarem incorreções nas informações prestadas.

¹⁰ As concessionárias detentoras de concessão para exploração de infraestrutura ferroviária deverão apresentar à ANTT, anualmente até 1º de junho, a Declaração de Rede, conforme modelo a ser fornecido pela Agência, contendo as informações a respeito da malha concedida, tais como: bitola dos trechos ferroviários, sistemas de sinalização e comunicação, capacidade instalada e ociosa, localização de postos de abastecimento e oficinas, padrões operacionais exigíveis para o cálculo de capacidade e outros.

Contudo, caso não exista capacidade ociosa para o exercício de direito de passagem ou tráfego mútuo, investimentos de expansão poderão ser efetuados pela cedente ou pela requerente, ou mesmo por usuários interessados em viabilizar o transporte. Os bens decorrentes destes investimentos incorporar-se-ão ao patrimônio da concessionária cedente.

A necessidade de investimentos para aumento de capacidade constitui também uma barreira a novos entrantes, porém, ao mesmo tempo, representa a possibilidade de se criar competição intrassetorial, haja vista as diretrizes traçadas pelo Capítulo IV – DOS INVESTIMENTOS PARA EXPANSÃO DA CAPACIDADE, da Resolução 3.695/2011, quantos às concessionárias e do Capítulo II – DO USUÁRIO INVESTIDOR, da Resolução 3.694/2011, quanto aos Usuários.¹¹

3.3. As tarifas de tráfego mútuo ou direito de passagem - Resolução 3.695/2011

Como a desestatização do setor ferroviário se fez por regiões, e não por corredores (que seria mais racional do ponto de vista econômico), a garantia da permeabilidade da malha pela obrigação de realizar tráfego mútuo ou direito de passagem tem relevância ainda maior.

Algumas concessionárias só têm acesso a portos, se passarem por linhas de outras concessionárias. Desta forma, a obrigação de operar em tráfego mútuo ou direito de passagem é condição de sobrevivência destas concessionárias sem acesso aos destinos. As concessionárias que detêm o acesso aos destinos das cargas figuram nesta relação como dominantes.

Esta situação 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, o que exige, em regra, atuação preventiva da agência reguladora, 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.

A Resolução nº 433/2004 adotou o sistema de livre-negociação entre as concessionárias para definição das condições de compartilhamento de infra-

¹¹ A Resoluções 3694/11 e 3695/11 referenciadas.

estrutura. Do ponto de vista regulatório, a premissa adotada pela ANTT é a interdependência entre os operadores das infra-estruturas. Contudo, se um dos prestadores de serviço tem o seu negócio completamente dependente do acesso à rede do outro, então não haverá interdependência, que dá sentido ao sistema da livre-negociação.

É indispensável a atuação da ANTT em estabelecer as condições mínimas para que o prestador de serviço dominante não pratique preços exorbitantes de modo a inviabilizar a operação do dependente, o que ocorreu com a edição da Resolução 3.695/2011 .

O estabelecimento pela ANTT das condições mínimas de acesso pelas concessionárias dependentes à malha das concessionárias dominantes, deve verter-se especificamente sobre as *essential facilities*, nas 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.

Caso o preço exigido pela concessionária dominante para disponibilizar material rodante à concessionária dependente for incompatível com as condições de mercado, certamente a concessionária dependente poderá adquirir vagões e locomotivas ou arrendá-los de terceiros, haja vista que o material rodante não é considerado *essential facility*.

Superado o problema da assimetria de poder entre as partes por meio do estabelecimento preventivo pela a ANTT das condições de compartilhamento da infraestrutura, 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.

Assim, de modo a prevenir abusos de poder econômico e utilização indevida pela concessionária do seu poder de monopólio, a Resolução 3.695/2011 estabeleceu critérios para definição das tarifas para tráfego mútuo e direito de passagem. Resumidamente, a tarifa deverá ser composta por uma parcela de custo operacional e outra de remuneração de capital, cujas diretrizes gerais estão descritas no seu art. 12.

3.4. A contribuição da Resolução 3694/2011 para a Defesa da Concorrência

A Resolução ANTT 3694, de 14 de julho de 2011, aprovou o Regulamento dos Usuários dos Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas, que teve o objetivo principal de consolidar as regras referentes aos direitos e deveres dos usuários dispersos na legislação vigente, basicamente constantes do Decreto 1.832/96 – Regulamento dos Transportes Ferroviários – RTF, nos contratos de concessão e em dispositivos já regulamentados por resoluções da própria ANTT.

Além da consolidação dos direitos dos usuários em um único documento, o que facilita o seu exercício, destacam-se, quanto à defesa da concorrência, algumas inovações introduzidas pela 3694/11: a definição do serviço exclusivo, novas diretrizes para o chamado usuário investidor, a defesa administrativa do usuário e a prestação do serviço adequado.

O serviço exclusivo engloba necessariamente as atividades de licenciamento, condução e abastecimento do trem, a ser contratado obrigatoriamente da concessionária prestadora do serviço, pelo usuário de carga própria ou por um Operador de Transporte Multimodal – OTM. Os demais serviços necessários à prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas poderá ser contratado da concessionária ou de terceiros ou mesmo serem realizados pelo próprio usuário ou OTM, tais como: carregamento e descarregamento, manobra, manutenção do material rodante, armazenagem. Assim, o usuário ou o OTM tem a alternativa de montar seu próprio trem e contratar o serviço exclusivo para efetuar o transporte, caso seja economicamente viável diante da contratação integral do serviço de transporte da concessionária.

Aos interessados em se tornarem usuário investidor da ferrovia foram dadas garantias em promover investimentos nas ferrovias nacionais, principalmente levando em conta os elevados investimentos e prazos longos de amortização, que são típicas dos investimentos no setor ferroviário.

Para viabilizar o transporte, segundo o artigo 38 da Resolução ANTT 3.694/11, o usuário poderá investir no setor ferroviário por meio de aquisição de material rodante ou em projetos de expansão ou recuperação da malha ferroviária

existente, podendo negociar mecanismo de compensação financeira com a concessionária responsável.

Assim, o usuário investidor passa a ter regras mais claras no que se refere aos tipos de investimentos passíveis de serem realizados nas ferrovias, as formas de garantias, mecanismos de aprovação e possibilidade de indenização, entre outros aspectos, mas ficando claro que tais mecanismos não afastam a responsabilidade da Concessionária em realizar os investimentos necessários para viabilizar a prestação do serviço.

A medida cautelar, criada pela Resolução 3.694/2011, expedida de ofício ou mediante requerimento do interessado, é um instrumento importante de defesa administrativa com objetivo de resguardar os interesses dos usuários do transporte ferroviário de cargas quando houver prova inequívoca de verossimilhança da reclamação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Deverá ser concedida pelo Superintendente responsável pela apuração da reclamação, em até cinco dias contados da data de seu protocolo, podendo determinar a cessação da prática lesiva ao direito do usuário, o restabelecimento da prestação de serviço de transporte, a alocação de outros meios para garantir que a carga chegue ao destino contratado em caso de dano iminente ao usuário, a reposição ou o ressarcimento, a critério do usuário, de carga perdida durante o transporte, dentre outras medidas.

A Resolução 3.694/2011 identificou algumas situações em que se constituem infração ao dever legal de prestação de serviço adequado¹², mesmo que não produzam seus plenos efeitos, com destaque para as condutas de exercer de forma abusiva o controle da infraestrutura ferroviária, recusar a prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas de forma injustificada, vender seu serviço abaixo do preço de custo, com intenção de prejudicar concorrentes e utilizar práticas comerciais abusivas baseadas no domínio econômico, dentre outras citadas pela norma.

Algumas dessas condutas, se adequadamente caracterizadas pela ANTT, e punidas de forma a evitar a sua reincidência pela Concessionária, podem tornar o ambiente no setor ferroviário mais competitivo, evitando comportamentos

¹² Art. 18 da Resolução 3.694/11 – O Serviço de transporte ferroviário de cargas deverá ser prestado em observância às condições de qualidade, com vistas ao oferecimento do serviço adequado aos usuários, a ganhos de eficiência produtiva e em atenção aos seguintes requisitos: regularidade, continuidade, segurança, atualidade, generalidade, pontualidade, transparência na gestão e modicidade tarifária.

anticoncorrenciais que possam prejudicar os usuários do transporte ferroviário de cargas.

3.5. A contribuição da Resolução 3696/2011 para a Defesa da Concorrência

A Resolução ANTT 3696, de 14 de julho de 2011, que aprovou o Regulamento para pactuar as metas de produção por trecho e as metas de segurança para as concessionárias de serviço público de transporte ferroviário de cargas, teve o objetivo principal¹³ de estabelecer mecanismos no processo de pactuação de metas de forma a garantir a oferta de serviço público adequado de transporte de cargas ferroviárias em trechos da malha onde exista mercado potencial ferroviário, de forma a estimular as concessionárias e o mercado a uma maior utilização da malha ferroviária federal e aumentar a participação do modo ferroviário na matriz de transporte brasileira.

A abordagem proposta pela Resolução nº 3.696/2011 para a pactuação de metas de produção por trecho poderá se mostrar um mecanismo de maior efetividade para dar respostas ao mercado ferroviário em face do comportamento observado nas concessionárias em privilegiar apenas os corredores mais importantes da malha ferroviária.

Cabe ressaltar que o estabelecimento de metas de produção por trecho, associadas à disponibilização de capacidade de transporte ociosa da malha, também por trecho, e informadas anualmente pela Declaração de Rede – DR, dará ao mercado uma visão mais clara das possibilidades de utilização da malhas ferroviárias, seja simplesmente pelo uso da capacidade ociosa ou mesmo pela via do investimento na expansão de capacidade.

Dessa forma, se tornam públicas e transparentes as informações básicas sobre as características físicas das malhas ferroviárias (redução da assimetria de informações). Favorece aos usuários e OTM em pleitear o transporte de suas cargas com a concessionária pelo pagamento da tarifa de transporte ou negociar com ela a utilização do serviço exclusivo montando o seu próprio trem, ou mesmo implementar investimentos para expansão de capacidade. Facilita, também, o compartilhamento

¹³Ver Nota Técnica nº 62/GEROF/SUCAR referenciada.

de recursos operacionais entre as concessionárias, seja via direito de passagem ou tráfego mútuo, com o objetivo de melhor atender às demandas do mercado de transporte ferroviário de cargas.

4. UM NOVO MODELO FERROVIÁRIO PARA O BRASIL

O setor de transporte ferroviário se constitui de um monopólio natural¹⁴ no segmento da exploração da infraestrutura ferroviária, considerado a partir de sua característica de elevados investimentos de retorno em longo prazo e custos marginais muito baixos, sendo que a prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas poderia funcionar sob o regime da competição.

Como citado anteriormente, a desestatização do setor ferroviário foi feita de modo verticalizado por região, com a concessão da exploração da infraestrutura associada à prestação do serviço, sem considerar a possibilidade introduzir o regime de competição na prestação do serviço de forma segregada da exploração da infraestrutura.

Uma maneira de implementar o novo marco regulatório ferroviário, com a segregação da prestação do serviço da exploração da infraestrutura, seria a alteração do artigo 14 inciso II da lei 10.233/2001 para a inserção da possibilidade da autorização para prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas, além da edição de um novo decreto para regulamentação da matéria, em substituição ao Decreto 1.832, de 4 de março de 1996, que aprovou o Regulamento dos Transportes Ferroviários – RTF.

De forma similar a outros setores de prestação de serviço público¹⁵, temos a possibilidade da introdução de concorrência na prestação do serviço público do transporte ferroviário de cargas, mantendo-se a atividade de exploração da infraestrutura ferroviária como monopólio natural a ser prestada no regime de concessão.

No âmbito verticalizado existente, a prestação do serviço poderia continuar sendo feita pelas atuais concessionárias de forma associada à gestão da infraestrutura nas suas próprias malhas (modelo vertical) e em regime de direito de passagem ou tráfego mútuo no ambiente das demais concessionárias, e vice-versa conforme estabelecido pelas citadas resoluções da ANTT.

¹⁴ “No setor de transportes, pode haver competição na operação dos trens, ônibus e caminhões, ainda que as malhas ferroviária e rodoviária sejam monopólios naturais.” (Pinheiro & Saddi, 2006, 276)

¹⁵ Como é o caso do setor portuário onde existe a participação de empresas privadas nas operações portuárias realizadas nos terminais de uso público ou porto organizado, mediante prévia qualificação como operador portuário, segundo a Lei nº. 8630, de 25 de 02/93, conhecida como Lei de Modernização dos Portos.

Com a introdução do modelo horizontal,¹⁶ que poderia ser implantado para as novas ferrovias, a exploração de infraestrutura seria feita em regime de concessão e a empresa concessionada, pública ou privada, seria exclusivamente¹⁷ gestora da infraestrutura e responsável pela venda de capacidade de tráfego para operadores ferroviários, autorizados prestadores do serviço, que atuariam em regime de concorrência entre si e também com as atuais concessionárias, até a extinção dos atuais contratos de concessão.

¹⁶ Modelo Horizontal inspirado nas Diretivas Europeias que introduz a competição com separação da infraestrutura da operação do serviço.

¹⁷ Somente em casos excepcionais o Estado faria novas concessões para prestação dos serviços associada à exploração da infraestrutura ferroviária.

CONCLUSÕES

A regulação do setor ferroviário no Brasil, que até agora se discutiu de forma geral, com a indicação dos elementos competitivos eventualmente existentes, que permitem compará-la à defesa da concorrência, pode ser avaliada levando-se em conta quatro marcos regulatórios significativos na história do setor, associados aos referenciais teóricos estudados no Capítulo 1 – Revisão Teórica, notadamente no item 1.7 que trata da reforma dos sistemas ferroviários e o uso de instrumentos concorrenciais.

No marco regulatório inicial, como na maioria dos países, as ferrovias nasceram sob o modelo de regime privado. Mediante concessões do governo para construção e operação integradas, as primeiras ferrovias foram implantadas por empresas privadas, estabelecendo malhas independentes e dedicadas para atender as necessidades de transporte de produtos agrícolas como o café e o açúcar, sem qualquer planejamento prévio de uma rede de transporte. Dessa forma, poder-se-ia afirmar a inexpressiva concorrência direta entre as ferrovias, apesar do crescimento significativo da malha brasileira, que atingiu, segundo Castello Branco (2006), cerca de 9.500 km de ferrovias legados pelo Segundo Império à República.

O segundo marco regulatório se caracterizou no mercado internacional pelo modelo de regime estatizante. A crise global dos sistemas ferroviários, gerada pelas perdas de mercado no século XX decorrentes principalmente do chamado rodoviarismo, obrigou a intervenções governamentais diversas, em um primeiro momento traduzidas pela estatização de empresas. No Brasil, esta fase foi caracterizada por um processo longo de encampação das empresas ferroviárias privadas e conseqüente criação e consolidação da Rede Ferroviária Federal – RFFSA, em 1957, com uma malha única e regionalização da operação, e de forma similar a criação da Ferrovia Paulista S.A. – Fepasa, em 1972. (CASTELLO BRANCO, 2006). A vigência desse marco regulatório não se caracterizou pela concorrência entre as unidades regionais de operação da RFFSA, não se estabelecendo de forma ostensiva iniciativas regulatórias que buscassem introduzir instrumentos de ordem competitiva no mercado ferroviário.

O terceiro marco regulatório seguiu o Modelo Latino Americano denominado competição por concessão, que ocorreu na maioria dos países sul americanos com

destaque para o Brasil, Argentina e México, se caracterizando pela divisão de suas companhias nacionais ferroviárias em várias concessões regionais, mas mantendo cada concessão integrada verticalmente (KOGAN, 2006). A partir de 1996, o processo brasileiro de desestatização das Ferrovias ocorreu com a Inclusão das empresas RFFSA/Fepasa no Programa Nacional de Desestatização desenvolvido pelo BNDES e a efetivação de concessões verticalizadas para exploração da malha e prestação do serviço de transporte ferroviário de carga de forma associada.

Como estímulo à interoperabilidade e a garantia da prestação do serviço de transporte ferroviário em toda a malha ferroviária, este marco regulatório registra nos contratos de concessão a obrigação das concessionárias garantirem tráfego mútuo ou, no caso de sua impossibilidade, permitir o direito de passagem a outros operadores de transporte ferroviário, mediante celebração de contrato. Como já relatado, a Resolução ANTT 433/2004 regulamentou o tráfego mútuo/direito de passagem como forma de compartilhamento de malha negociado entre as concessionárias por meio do estabelecimento obrigatório de Contrato de Operação Específico (COE).

A reforma do sistema ferroviário brasileiro, estabelecida pelo terceiro marco regulatório e suas regulamentações posteriores editadas pela ANTT, não foram suficientes para alavancar a interoperabilidade¹⁸ entre as malhas ferroviárias e nem introduziram instrumentos efetivos de defesa da concorrência para estimular a competição entre as concessionárias na prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas no Brasil.

O quarto marco regulatório busca uma melhoria no Modelo Latino Americano da competição por concessão adotado no Brasil, com a introdução de novos instrumentos competitivos e aprimoramento dos existentes no arcabouço regulatório do setor ferroviário. Estabeleceu uma nova interpretação dos contratos de concessão, regulamentada por meio da edição das Resoluções ANTT 3694/11 (Regulamento de Defesa do Usuário), 3695/11 (Regulamento de Direito de Passagem e Tráfego Mútuo), 3696/11 (Regulamentação de Metas por Trecho).

Dessa forma, com o objetivo de ampliar e o aprimorar da prestação do serviço de transporte ferroviárias de cargas, a Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT, autarquia especial responsável pela Regulação dos Transportes Terrestres

¹⁸ Ver item 2.2 desta monografia.

no Brasil, atuando no limite de suas competências legais¹⁹ e complementares²⁰ ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, sob a ótica da Defesa Setorial de Concorrência no Sistema Ferroviário, introduziu instrumentos regulatórios, tais como:

- a. Estímulo à interconexão/interoperabilidade entre as malhas pela redefinição do conceito de Direito de Passagem (DP);
- b. Diretrizes para o cálculo da tarifa de Direito de Passagem (DP);
- c. Novas alternativas de investimento para os players do mercado ferroviário, com cláusulas de garantia firme (*takeorpay*);
- d. Disponibilização obrigatória de Capacidade Ociosa das malhas para utilização de Terceiros (concessionárias, usuários e Operador de Transporte Multimodal);
- e. Transparência nas informações das concessionárias ao mercado por meio do estabelecimento de Metas de Produção de Transporte por Trecho e da Declaração de Rede anual (DR);
- f. Edição de um Regulamento de Defesa do Usuário.

Como foi visto, existe um debate no governo brasileiro sobre a implantação de um novomodelo para o setor ferroviário brasileiro, com a proposta de segregação da prestação do serviço da exploração da infraestrutura para as ferrovias em construção e a serem construídas, que seria inspirado no Modelo Horizontal Europeu. Um novo marco regulatório seria estabelecido por meio de alterações legais e infralegais de forma a introduzir a competição na prestação do serviço pela entrada de novos operadores ferroviários autorizados, sendo que a atividade de exploração da Infraestrutura seria feita por um gestor a ser escolhido por concessão.

Como não existe consenso na literatura sobre o melhor modelo ferroviário a ser adotado, que dependeria das características do sistema ferroviário existente no país e do tipo serviço a ser prestado (RUS, 2006, p.189), e considerando as alternativas de modelos ferroviários implementados em diferentes países, recomenda-se a futuros trabalhos estudos aprofundados na busca de discutir e encontrar as melhores alternativas para as ações regulatórias na defesa da concorrência na prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas, de forma que o Brasil possa aprimorar e ampliar a oferta de transportes, aumentar a

¹⁹ Artigos 24 e 25 da Lei 10.233 de 5 de junho de 2001, referenciada.

²⁰ Ver item 2.5 desta monografia.

produtividade das ferrovias e obter custos logísticos finais mais justos aos usuários da ferrovia, beneficiando assim a sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Competências Antitruste e Regulações Setoriais*, 2005. Disponível em <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/312688/DLFE-28573.pdf/CompetenciaAntitruste.pdf>, acesso em seis de março de 2012.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. *Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm, acesso em outubro de 2011.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e dá outras providências*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm, acesso em dezembro de 2011.

BRASIL. Lei nº 10.233, de 5 de julho de 2001. *Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10233.htm, acesso em dezembro de 2011.

BRASIL. Decreto nº 1.832, de 4 de março de 1996. *Aprova o Regulamento dos Transportes Ferroviários*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1832.htm, acesso em dezembro de 2011.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Resolução n. 433 de 17 de fevereiro de 2004. *Dispõe sobre os procedimentos de operações de tráfego mútuo e direito de passagem visando à integração do Sistema Ferroviário Federal*. Disponível em <http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/364/Resolucoes.html>, acesso em 5 de abril de 2012.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Resolução n. 3694 de 14 de julho de 2011. *Aprova o Regulamento dos Usuários dos Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas*. Disponível em <http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/364/Resolucoes.html>, acesso em 10 de abril de 2012.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Resolução n. 3695 de 14 de julho de 2011. *Aprova o Regulamento das Operações de Direito de Passagem e Tráfego Mútuo, visando à integração do Sistema Ferroviário Nacional*. Disponível

em <http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/364/Resolucoes.html>, acesso em 10 de abril de 2012.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Resolução n. 3696 de 14 de julho de 2011. *Aprova o Regulamento para pactuar as metas de produção por trecho e metas de segurança para as concessionárias de serviço público de transporte ferroviário de cargas*. Disponível em <http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/364/Resolucoes.html>, acesso em 10 de abril de 2012.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. – Nota Técnica nº 62/GEROF/SUCAR, em 29/04/2011 página 4 de 11. Disponível em http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/6377/116_2011.html, acesso em 15 de abril de 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, Lumens Juris, RJ, 20ª Ed., 2008.

CASTELLO BRANCO, José Eduardo Sabóia. *A Segregação da Infraestrutura como Elemento Reestruturador do Sistema Ferroviário Brasileiro*. – Rio de Janeiro: UFRJ/COPPE, 2008.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Custos de Transação*, capítulo 12 do livro *Economia Industrial – Fundamentos Teóricos e Prática no Brasil*, Campus, 2002.

IBÁÑEZ, José A. ; RUS, Ginés de. *Competition in the Railway Industry*, Northampton, MA, USA. Edward Elgar, 2006.

KOGAN, Jorge. *Latin America: Competition for concessions*. In: *Competition in the Railway Industry*, Northampton, MA, USA. Edward Elgar, 2006.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *A Regulação o Direito da Concorrência*, em *Direito Administrativo Econômico*, Malheiros – SBDP, 2000.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo – *Direito, Economia e Mercados*, Elsevier Editora Ltda, 2006.

PINTO JR. H. Q. ; FIANI, R. *Regulação Econômica*; In: KUPFER, D.; ASENCEVER, L. (orgs.), *Economia Industrial – Fundamentos Teóricos e Práticas no Brasil*, Ed. Campus, 2002.

POSSAS, Mario ; FAGUNDES, Jorge ; PONDÉ, João Luiz – *Defesa da Concorrência e Regulação*, *Revista do Direito Econômico* nº 27, janeiro/julho de 1998.

PROFILLIDIS, V. A. *Railway Management and Engineering*, 3ª Edição, Burlington – USA, 2006.

ROCHA, Bolívar Moura. *Regulação de infraestrutura e defesa da concorrência: proposta de articulação*, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n.º. 112, outubro/dezembro de 1998.

RODAS, João Grandino; OLIVEIRA, Gesner. – *Direito e Economia da Concorrência*, Renovar, RJ, 2004.

RUS, Ginésde. *The prospects for concessions. In: Competition in the Railway Industry*, Northampton, MA, USA. Edward Elgar, 2006.