

# Evolução dos contratos das concessões de ferrovias

**Paulo Pessoa Guerra Neto**

---

Orientador: Professora Lívia Medeiros Amorim

Coletânea de Pós-Graduação, v.4 n.18

**Governança e Controle da  
Regulação em infraestrutura**



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

---

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

### **MINISTROS**

José Mucio Monteiro (Presidente)

Ana Arraes (Vice-presidente)

Walton Alencar Rodrigues

Benjamin Zymler

Augusto Nardes

Aroldo Cedraz de Oliveira

Raimundo Carreiro

Bruno Dantas

Vital do Rêgo

### **MINISTROS-SUBSTITUTOS**

Augusto Sherman Cavalcanti

Marcos Bemquerer Costa

André Luís de Carvalho

Weder de Oliveira

### **MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU**

Cristina Machado da Costa e Silva (Procuradora-Geral)

Lucas Rocha Furtado (Subprocurador-geral)

Paulo Soares Bugarin (Subprocurador-geral)

Marinus Eduardo de Vries Marsico (Procurador)

Júlio Marcelo de Oliveira (Procurador)

Sérgio Ricardo Costa Caribé (Procurador)

Rodrigo Medeiros de Lima (Procurador)

**DIRETOR GERAL**

Fábio Henrique Granja e Barros

**DIRETORA DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS,  
PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

Flávia Lacerda Franco Melo Oliveira

**CHEFE DO DEPARTAMENTO DE  
PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

Clémens Soares dos Santos

**CONSELHO ACADÊMICO**

Maria Camila de Ávila Dourado  
Tiago Alves de Gouveia Lins Dutra  
Marcelo da Silva Sousa  
Rafael Silveira e Silva  
Pedro Paulo de Moraes

**COORDENADOR ACADÊMICO**

Tiago Alves de Gouveia Lins Dutra

**COORDENADOR EXECUTIVO**

Georges Marcel de Azeredo Silva

**PROJETO GRÁFICO E CAPA**

Núcleo de Comunicação - NCOM/ISC

**PÓS-GRADUAÇÃO EM AUDITORIA FINANCEIRA**

# **Evolução dos contratos das concessões de ferrovias**

Paulo Pessoa Guerra Neto

**Orientador(a):**

Professora Lívia Medeiros Amorim

## Resumo

---

O presente trabalho aborda a estrutura do setor ferroviário brasileiro, o marco regulatório desse setor e as principais características do contrato de concessão firmado entre o poder concedente o setor privado. Verificou-se que a maioria das ferrovias possuem contratos celebrados na década de 90, assim como na Ferrovia Norte-Sul Tramo Norte, são criticados por apresentarem lacunas regulatórias e não incentivarem o uso eficiente dessa infraestrutura. Após reviravolta no modelo de exploração ferroviária, a Ferrovia Norte-Sul Tramo Central será licitada com nova minuta de contrato, que foi elaborada no contexto social atual. Para realizar o trabalho, realizou-se a descrição e análise das cláusulas dos principais contratos de concessão de ferrovias relacionadas com o compartilhamento da via: capacidade da via, modo de compartilhamento e tabela tarifária para o direito de passagem. Por fim, concluiu-se que, o Contrato Operacional Especifico garante o compartilhamento da via, entretanto a nova avença, por ser mais completa, traz melhores condições e segurança jurídica para a celebração desse instrumento.

**Palavras-chave:** Contrato de concessão; ferrovias; regulação

## Abstract

---

não tem

## Sumário

---

<b>1. Introdução .....</b>	<b>8</b>
1.1 Objetivo .....	9
1.2 Metodologia .....	10
<b>2. Referencial Teórico .....</b>	<b>10</b>
2.1 Estrutura do setor ferroviário .....	10
2.2 Exploração do serviço de transporte ferroviário no Brasil .....	13
2.3 Principais atores setoriais .....	14
2.4 Marco regulatório do setor ferroviário .....	15
2.5 Contratos de concessão do setor ferroviário .....	18
<b>3. Contratos de concessão de ferrovias .....</b>	<b>20</b>
3.1 Contratos assinados antes da Constituição Federal de 1988 .....	21
3.2 Contratos licitados na década de 90 .....	22
3.3 Contrato firmado em 2007 .....	25
3.4 Ferrovias a serem licitadas .....	25
<b>4. Análise da evolução contratual .....</b>	<b>26</b>
4.1 Dos contratos selecionados para análise .....	26
4.2 Escolha das cláusulas a serem analisadas .....	28
4.3 Cláusulas relacionadas aos investimentos em capacidade da via .....	30
4.4 Cláusulas relacionadas ao modo de compartilhamento da via .....	35
4.5 Cláusulas relacionadas às tarifas praticadas pelo uso da infraestrutura .....	38
4.6 Resumo das análises .....	40
<b>5. Conclusões .....</b>	<b>42</b>
<b>Referências Bibliográficas .....</b>	<b>45</b>

## 1. Introdução

Apesar das dimensões continentais, o Brasil aproveita pouco as vantagens comparativas do transporte ferroviário de cargas, mesmo com a vocação econômica brasileira orientada para a exportação de commodities agrícolas e minerais. A participação do modo ferroviário na matriz de transporte brasileira foi de apenas 15% do transporte inter-regional de carga no ano de 2015, segundo a Empresa de Planejamento e Logística (EPL, 2015), enquanto que 58% das cargas transportadas no Brasil percorre seu trajeto por meio de caminhões.

As ferrovias, como exemplo de infraestrutura econômica, são condicionantes para que outras atividades ou de serviços públicos sejam explorados, sendo considerados um diferencial dos países que a possuem. Nesse sentido, Summerhill (2018) concluiu que a existência dessa infraestrutura reduziu custos de transporte e possibilitou a imigração no interior do país, que resultou no forte crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro nos primeiros anos de nossa república.

Por outro lado, déficit dessas infraestruturas resulta em gargalos de produção aos agentes econômicos, que causam impactos negativos na sociedade. A baixa utilização das ferrovias é um dos diversos fatores que contribuem para o chamado “Custo Brasil”.

O custo de construção e manutenção desse tipo de infraestrutura ao longo de todo o seu ciclo de vida útil são vultosos enquanto que os benefícios capturados são coletivos, dispersos e de difícil individualização. Por isso, o estado tem papel fundamental, pela atuação direta ou indireta, no fornecimento desse tipo de infraestrutura.

Após longo período de exploração desse serviço pela estatal Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima (RFFSA), a descontinuidade de investimentos na manutenção das vias e as crises econômicas que o país passou contribuíram para que as malhas ferroviárias fossem licitadas na década de 90 para serem exploradas pela iniciativa privada.

O principal objetivo da desestatização do setor nessa época era eliminar o déficit público existente pela transferência da operação ferroviária, e de seus custos, para particulares, que, em troca, vislumbram a possibilidade de auferir receitas com a exploração desse serviço.

Nesse sentido, o contrato de concessão é o instrumento firmado que visa alinhar os interesses do Estado, da iniciativa privada e da sociedade, no sentido de uma prestação adequada do serviço público por meio da construção, ampliação ou manutenção de bens indispensáveis em troca de uma remuneração do capital empregado.

Assim, tendo em vista a relevância dos contratos de concessão para definir os direitos e as obrigações das partes, considera-se que a regulação do setor de ferrovias se

dá pela via contratual, demonstrando a importância que a elaboração das cláusulas contratuais possui.

Ocorre que passados vinte anos dos primeiros leilões, a ampliação do uso das ferrovias na matriz de transporte enfrenta diversos entraves relacionados com a expansão da oferta do serviço, com a integração física das redes e com problemas operacionais e regulatórios. Esses gargalos envolvem, na sua grande maioria, questões de alta complexidade e interdependência de forma a buscar uma maior inserção desse setor na economia.

Durante um longo período de tempo, o Brasil não realizou novos leilões de concessão de ferrovias. Os trechos mais modernos da malha ferroviária se localizam na Ferrovia NorteSul, cuja construção iniciou em 1987 e em 2007 o contrato de concessão do trajeto entre Açailândia/MA e Porto Nacional/TO foi assinado.

Recentemente, o trecho central da FNS teve edital de licitação publicado com previsão de ser licitado em março de 2019. A FNS-Tramo Central liga as cidades de Porto Nacional/TO – ponto de interconexão com a FNS-Tramo Norte – e Estrela D’Oeste/SP, que se conectará, quando concluída, à ferrovia da Malha Paulista com destino ao Porto de Santos/SP.

A situação socioeconômica brasileira atual é bastante distinta daquela vivida na década de 90, quando da licitação dos principais trechos ferroviários. Naquela época, o Brasil buscava sair de uma crise fiscal profunda e a atual situação visa o incremento de eficiência dos meios de produção, no qual o setor de transporte se insere.

Nesse contexto, considerando que o marco regulatório do setor, no qual se insere a Lei de Concessões (Lei 8.987/1995) e o regulamento dos transportes ferroviários (Decreto Presidencial 1.832/1996), permanece o mesmo, vislumbra-se a necessidade de que os novos contratos de concessão a serem celebrados possuam incentivos regulatórios que visem a eficiência do setor ferroviário. Dessa forma, o objeto de análise do presente trabalho reside na comparação e análise das principais cláusulas contratuais dos diferentes modelos de contratos de concessão de ferrovias existentes.

## 1.1 Objetivo

O presente trabalho tem por objetivo principal descrever e analisar as alterações promovidas nas principais cláusulas dos contratos de concessão ferroviária desde a década de 90. Buscou-se, também, avaliar a capacidade dessas avenças em promover a melhoria da regulação setorial e, por consequência, estimular a participação do setor ferroviário na matriz de transporte brasileira.

## 1.2 Metodologia

A metodologia adotada no presente artigo consiste na revisão da bibliografia, que contempla uma visão do setor ferroviário e do marco regulatório que o rege. O trabalho foi desenvolvido por meio de investigação bibliográfica documental, resultando em uma pesquisa descritiva e explicativa.

Em seguida, elencou-se os contratos de concessão existentes no Brasil e procedeu a escolha dos contratos a serem analisados. Estudou-se os problemas do setor ferroviário, realizou a seleção de um deles que permitiu a escolha das cláusulas que tem relação com eles para serem analisadas nos contratos escolhidos.

Por fim, com as conclusões parciais das cláusulas contratuais analisadas, será promovido uma análise mais ampla, que permitirá avaliar se as alterações realizadas pelo órgão regulador estão alinhadas para a resolução dos problemas elencados para a baixa utilização do setor ferroviário brasileiro.

Portanto, a pesquisa parte de uma exploração do referencial teórico e dos contratos afetos a exploração dos serviços de transportes ferroviários, passará por uma fase descritiva das principais cláusulas contratuais, para, então, realizar a conclusão com as possíveis explicações extraídas das análises.

O presente texto foi estruturado em cinco capítulos. O segundo capítulo trata do referencial teórico contemplando o marco regulatório do setor e o contrato de concessão. O terceiro capítulo apresenta os contratos de concessão vigentes e as características das ferrovias em questão. O capítulo quatro trata da análise da evolução contratual por meio da seleção dos contratos de concessão e das cláusulas que serão objeto de aprofundamento. Por fim, as conclusões do trabalho são apresentadas no capítulo cinco.

## 2. Referencial Teórico

### 2.1 Estrutura do setor ferroviário

Parte-se a seguir para caracterização da estrutura física do setor ferroviário, enquanto que a exploração dos serviços de transporte ferroviário será objeto de análise em capítulo posterior.

De forma bem sintética, o modo ferroviário é uma típica infraestrutura de rede utilizada para o transporte terrestre de bens ou pessoas por meio de veículos próprios entre um ponto de origem e outro de destino, geograficamente separados, sob vias férreas.

A principal característica desse modo de transporte reside nas propriedades físicas do contato entre a via férrea e as rodas de ferro. Se por um lado o ferro se trata de material muito resistente, permitindo maior capacidade de transporte por trajetos extensos, por outro lado, o baixo atrito entre a roda e o trilho impõe restrições construtivas e operacionais.

RUS (2006 apud DURÇO, 2011) caracteriza o setor ferroviário por ter (i) grandes economias de densidade de tráfego, ou seja, um grande número de veículos que ocupam uma unidade de comprimento da via de tráfego, e (ii) custos irre recuperáveis ou afundados, também chamados de sunk costs.

Para o autor, em razão dos sunk costs inerentes aos investimentos realizados para construção da via, aquisição dos veículos e mão de obra, o custo marginal de se transportar uma unidade adicional de carga se reduz até o ponto em que se atinge a capacidade da via. Por sua vez, a economia de densidade de tráfego implica que as ferrovias podem oferecer uma tarifa mais barata para o transporte de cargas e passageiros nos corredores com alto volume de tráfego. (RUS 2006).

As principais cargas transportadas por ferrovia são aquelas de baixo ou médio valor agregado, que incluem os produtos agrícolas e de extração mineral, combustível e outros líquidos.

Uma ferrovia é constituída por trilhos de ferro, que recebem o peso dos veículos e o transfere para camadas inferiores da via, composta, na sequência, pelos dormentes, lastro de brita e o solo. Os dormentes servem para manter os trilhos fixados e alinhados, podendo ser construídos de madeira, concreto, aço ou plástico. Por sua vez, os dormentes são apoiados em uma camada de brita, chamada de lastro, que tem a como função amortecer as forças recebidas pelas composições dissipando-as pelo solo. Entende-se que a exploração da infraestrutura ferroviária envolve a construção, instalação, recuperação e manutenção desses bens, assim como o controle do licenciamento e da circulação de comboios.

Característica básica da ferrovia é a largura entre os seus trilhos, conhecida como bitola. No Brasil, as bitolas predominantes são a métrica e a larga, com um metro e 1,6 metro respectivamente. A escolha da bitola da ferrovia impacta no custo de construção (bitola menor é mais barata que a bitola mais larga), no projeto construtivo (bitola menor consegue fazer curvas com raios menores) e na operação (bitolas maiores são mais estáveis e capazes de receber maiores cargas).

O conjunto de ferrovias brasileiras compõem o Subsistema Ferroviário Federal que é, segundo art. 3º da Lei 12.379/2011 (Brasil, 2011), parte integrante do Sistema Nacional de Viação (SNV), cuja competência para instituir seus princípios e suas diretrizes foi, nos termos do art. 21, XXI, da Constituição Federal (Brasil, 1988), atribuída privativamente à União.

Os trens são veículos formados por unidades de tração – as locomotivas – e unidades tracionadas – os vagões. Esses comboios são operados por uma empresa, seja ela estatal ou privada, qualificada técnica e financeiramente, que vende bilhetes para os passageiros que viajam entre as estações ou que capta cargas para o transporte entre regiões produtoras e consumidoras. Essa é a forma como se dá a prestação do serviço de transporte ferroviário, que pode ser completado com a realização de outros serviços acessórios como: o carregamento, descarregamento, limpeza e armazenagem de bens.

Necessário diferenciar a gestão da infraestrutura ferroviária, que se dá pela construção e manutenção da ferrovia, da exploração do transporte ferroviário, pois apenas este último é caracterizado como serviço público, enquanto que o primeiro se trata da exploração de bem público.

Conforme explica TAKASAKI (2014), a exploração do serviço de transporte ferroviário pode se dar verticalmente ou horizontalmente. Diz que a exploração é vertical quando a mesma instituição é responsável tanto pela exploração da infraestrutura ferroviária como pela provisão do serviço de transporte, indicando que a empresa opera em mais de uma etapa de seu processo produtivo. Por outro lado, o modelo horizontal se dá quando uma instituição é a responsável pela exploração da infraestrutura ferroviária enquanto que a operação do serviço de transporte é feita por outras instituições, sejam elas públicas ou privadas.

O histórico de exploração das ferrovias no país é de exploração vertical, que resulta em baixa ou inexistente concorrência entre os atores do setor. Como consequência disso, uma forma de modular economicamente a concorrência nesse setor é estimular interessados a disputarem o direito de explorar o monopólio. PINHEIRO E RIBEIRO (2017) descrevem que, nesse caso, a concorrência se dá pelo mercado e o contrato serve como instrumento para garantir esse direito e impor regras que orientam a atuação do empreendedor.

No lançamento do Programa de Investimento em Logística (PIL) em 2012, o Governo Federal buscou alterar a forma de exploração das ferrovias para o modelo horizontal sob a justificativa de que isso aumentaria a competição intramodal. Para tanto publicou o Decreto Presidencial 8.129/2013 instituindo a política de livre acesso ao Subsistema Ferroviário Federal e alterando diversas competências da Estatal Ferroviária Valec S.A.

Tal política pública, no entanto, foi revogada pelo Decreto Presidencial 8.875/16, fazendo com a exploração ferroviária no país permaneça no modelo verticalizado, ou seja, o concessionário que gerencia a via permanente também explora o serviço de transporte ferroviário de cargas (Assis et al., 2017).

A situação atual é a de que o setor ferroviário brasileiro sofre quase nenhuma concorrência intramodal, mas, por diversas razões, sofre concorrência do modal rodoviário,

que é mais caro que o transporte por ferrovias e, por isso, aumenta o custo de movimentação de cargas, elevando o chamado Custo Brasil.

## 2.2 Exploração do serviço de transporte ferroviário no Brasil

Avaliando a balança comercial brasileira no ano de 2017, percebe-se que as exportações foram superiores às importações, resultando em um saldo positivo da ordem de US\$ 67 bilhões. Os principais produtos que contribuíram para esse resultado foram as commodities vegetais e minerais, além das carnes e produtos semimanufaturados de aço e ferro, todas com o potencial de serem transportadas por meio das ferrovias.

A comercialização em âmbito internacional da soja e do minério de ferro traduzem a vocação histórica da economia brasileira: exploração e exportação de commodities. Ao longo da história brasileira, diversos produtos, como o café e o açúcar, se beneficiaram do transporte ferroviário como forma de serem competitivos no mercado externo.

A produção ou exploração desses bens se dá principalmente no interior do país, de onde são posteriormente transportados para os portos brasileiros com destino ao exterior e nesse caminho, normalmente as cargas ultrapassam mais de uma unidade da federação, razão que indica a necessidade de coordenação do uso da infraestrutura ferroviária com foco no retorno econômico e social para toda a nação.

Pode ter sido esse pensamento que levou os constituintes a incluir na Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) o seu art. 21, XII, alínea “d”, no qual dispõe que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território.

Por meio desse dispositivo, ALMEIDA (2018) destaca que a titularidade do direito de explorar as atividades ferroviárias é claramente da União, e, por consequência disso, os serviços relativos à exploração de transporte ferroviário quando voltados aos administrados em geral são qualificados como serviços públicos.

Em outra parte, a Constituição Federal atribuiu, no caput do art. 175, ao Estado a titularidade para prestação dos serviços públicos, contudo possibilitou que a execução desses serviços públicos positivados na Carta Magna podem ser realizados por conta da própria administração pública ou por meio de delegação a um parceiro privado, desde que sob a forma de concessão ou de permissão e sempre precedida por licitação pública.

Para que isso seja possível, o parágrafo único do art. 175 da Constituição Federal atribuiu ao Estado o dever de dispor em lei o regime das empresas concessionárias

e permissionárias de serviços públicos que contemplando, no mínimo, as seguintes condições e características.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado (grifo nosso).

Apesar da titularidade dos serviços públicos ser da União, a Constituição Federal não impôs a sua execução pelo Governo Federal. Pelo contrário, a exploração desse serviço pode ser feita mediante concessão e permissão, que são os atos administrativos editados pelo titular do serviço delegando as competências de execução a um particular. Assim, as regras contemplando critérios e características dessa delegação deveriam ser, por força de dispositivo constitucional, definidas em lei (Almeida, 2018).

## 2.3 Principais atores setoriais

A União tem papel relevante no setor ferroviário. Além de ser o titular do direito de explorar esse serviço, o art. 22 da CF (BRASIL, 1988) instituiu a competência legislativa para dispor sobre a política nacional de transportes, que se dará, conforme art. 178 da CF, por meio de lei de ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre.

As competências para formular, coordenar e supervisionar as políticas públicas de transporte ferroviário foram desconcentradas para o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA), que recentemente teve o nome MTPA alterado para Ministério da Infraestrutura por força da recém-publicada Medida Provisória 870/2019.

Além dessa pasta ministerial, o setor possui três atores institucionais relevantes: a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a Valec Engenharia, Construção e Logística S.A. (Valec) e a Empresa de Planejamento e Logística (EPL).

A ANTT é o órgão regulador que busca, com independência, executar as políticas públicas de sua competência elaboradas pelo ministério, assim como regular e supervisionar as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes com vista ao transporte eficiente de cargas e pessoas e à harmonização dos interesses do poder concedente, dos usuários e dos concessionários.

A Valec é uma estatal responsável pela construção, uso e gozo da Ferrovia Norte-Sul (EF-151) e das estradas de ferro EF-267, EF-334, EF-354, todas elas outorgadas a ela pela Lei 11.772/2008 (BRASIL, 2008).

A empresa estatal EPL, criada pela Lei 12.743/2012 (BRASIL, 2012), tem por finalidade estruturar e qualificar, por meio de estudos e pesquisas, o processo de planejamento integrado de logística no país, interligando rodovias, ferrovias, portos, aeroportos e hidrovias. Seu principal produto é o Plano Nacional de Logística (PNL) que busca definir os principais objetivos de longo prazo da infraestrutura brasileira.

O Programa de Parceria em Investimentos (PPI), por sua vez, foi criado pela Lei 13.334/2016 (BRASIL, 2016) com a finalidade de ampliar e fortalecer a interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria e de outras medidas de desestatização. O PPI tem papel de aumentar a governança dos órgãos públicos responsáveis pela condução das políticas públicas.

As concessionárias são empresas privadas criadas para explorar a infraestrutura ferroviária e prestar o serviço público concedido e, por fim, os usuários são os donos das cargas que contratam as concessionárias para o transporte de suas mercadorias.

## 2.4 Marco regulatório do setor ferroviário

Uma vez definido que o transporte ferroviário é serviço público e que, para a sua exploração por meio de parceiros privado, foi necessário a regulamentar o art. 175, a Lei Ordinária 8.987/1995 (BRASIL, 1995) foi publicada dispondo sobre o conjunto de regras gerais que regem a prestação de todo e qualquer serviço público sob regime de concessão ou permissão.

Souza Junior (2013) destaca que a lei indica que toda concessão ou permissão deve buscar a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, considerado como um direito destes e uma obrigação das concessionárias ou permissionárias, uma vez que, por serem considerados essenciais ao interesse público, nem sempre respeitam a lógica econômica empresarial do lucro que orienta o setor privado.

Assim, em prol de interesses coletivos, a Lei das Concessões determinou a obediência das regras mínimas de exploração adequada desses serviços no seu art. 6º, tendo

como referência as seguintes condições do serviço: regularidade, continuidade, eficiência, segurança, generalidade, cortesia na sua prestação, modicidade das tarifas e atualidade. A lei indica ainda que o privado deverá respeitar as normas técnicas aplicáveis ao setor de atuação e as regras específicas do contrato administrativo.

Por outro lado, o art. 29 da Lei de Concessões manteve com o poder concedente a responsabilidade pela gestão contratual das concessões determinando expressamente a assunção das responsabilidades relativas à fiscalização, ao controle e à regulação do serviço público delegado, além de conceder força legal para aplicar penalidades regulamentares e contratuais, intervir na prestação do serviço e extinguir a concessão nos casos previstos no contrato e na lei, entre outras competências para apurar queixas e reclamações dos usuários.

De forma complementar a Lei de Concessões, a Lei 9.074/1995 (BRASIL, 1995b) estabeleceu normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos. Essa lei autorizou a União a promover a privatização de empresas juntamente com a emissão de nova outorga de concessão ou de prorrogação das concessões existentes.

O principal exemplo da utilização desse dispositivo no setor ferroviário foi a inclusão dos contratos de concessão para exploração da Estrada de Ferro Carajás (EFC) e da Estrada de Ferro Vitória-Minas (EFVM) no leilão de privatização da mineradora Vale S.A.

FEIGELSON (2015) e LANG (2007 apud SOUZA JUNIOR, 2013) concluem que as leis 8.987/1995 e 9.074/1995 formaram a base jurídica para a desestatização desse modo de transporte na década de 90, e apesar de serem generalistas, constituem até os dias de hoje a espinha dorsal do marco regulatório desenhado para o transporte ferroviário de cargas. Muitos dos dispositivos presentes nos contratos de concessão do setor ferroviário somente estão presentes devido a sua obrigatoriedade imposta pela lei 8.987/1995 (BRASIL, 1995).

O Regulamento dos Transportes Ferroviários (RTF), instituído pelo Decreto Presidencial 1.832/1996 (BRASIL, 1996), que revogou o Decreto 90.959/1985, também compõe arcabouço jurídico-regulatório do setor ferroviário.

Essa norma disciplina as relações entre (i) a administração pública e as administrações ferroviárias, (ii) as relações entre as administrações ferroviárias, inclusive no tráfego mútuo; (iii) as relações entre as administrações ferroviárias e os seus usuários; e (iv) a segurança nos serviços ferroviários.

O RTF menciona que a desativação ou erradicação de trechos integrantes do subsistema ferroviário federal, comprovadamente antieconômicos e verificado o atendimento da demanda por outra modalidade de transporte depende, conforme art. 3º, de prévia e

expressa autorização do poder executivo federal, bem como dispõe sobre a abertura de tráfego ferroviário, a autorização para construção de ramais ferroviários e as infrações e as penalidades a serem incluídas nos contratos de concessão (FEIGELSON, 2015).

Conforme aponta CASTRO (2002), o novo RTF retirou vários dispositivos irrelevantes contido no Decreto 90.959/1985, que foram concebidos para um serviço com características monopolísticas, contudo pouco detalha os critérios de regulamentação dos pontos críticos setoriais como tarifas, desativação de ramais antieconômicos, interpenetração das malhas e tráfego mútuo.

Além disso, recentemente, FELIX E FILHO (2016) apontaram uma esquecida inconstitucionalidade formal do RTF, tendo em vista que o Decreto não busca fundamento de validade nas Lei 8.987/1995 (BRASIL, 1995a) ou 9.074/1995 (BRASIL, 1995b), mas no art. 84, inciso IV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Para os autores a “matéria do art. 175 deve ser tratada exclusivamente por lei, ou ato com força de lei, não permitida qualquer outro tipo de espécie normativa; e deve, ainda, essa lei, seguir as diretrizes de conteúdo mínimo já fixadas pela própria CF”. Apesar da constatação, concluem que o RTF tem produzido eficácia e nunca teve arguida sua inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Nada obstante, os próprios autores verificam que a “validade das relações entre as Administrações Ferroviárias entre si e com os usuários está baseada nos contratos administrativos firmados entre a União e as empresas concessionárias” e concluem que os contratos de concessão são a verdadeira lei entre as partes, embora, por serem incompletos, tenham sido insuficientes para o desenvolvimento pleno do setor (FELIX E FISHER, 2016).

PINHEIRO E RIBEIRO (2017) destacam que, tendo em vista que a agência reguladora somente foi criada após a delegação da prestação dos serviços públicos aos concessionários, a regulação do mercado ferroviário após a desestatização é feita dentro dos próprios contratos de concessão. Concluem (PINHEIRO E RIBEIRO, 2017, p. 131), dessa forma, que no setor ferroviário verifica-se “o emprego da técnica designada pela literatura especializada como regulação por contratos”.

Apesar disso, a ANTT vem buscando promover a regulação setorial por meio de resoluções de questões críticas não exploradas nas leis, porque são genéricas demais, e não incluídas nos contratos, por não fazerem parte do contexto socioeconômico à época.

É o caso, por exemplo, da aprovação das Resoluções ANTT 3.694/2011, 3.695/2011 e 3.696/2011 que tratam, respectivamente, do Regulamento dos Usuários dos Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas (Reduf), do Regulamento das Operações de Direito de Passagem e Tráfego Mútuo e do Regulamento para Pactuar as metas de Produção por trecho e Metas de Segurança. Além dessas resoluções, a ANTT também promoveu

a revisão do teto tarifário ferroviário, que virou objeto de litígio com os concessionários. Assim, apesar da atuação da Agência, o que se observa até os dias atuais é que os dispositivos contratuais prevalecem em relação à regulação setorial.

Essa conclusão é suportada por GOMIDE (2011 apud DURÇO, 2011),

“Assim, pela existência das situações de fato consolidadas no processo de desestatização, é inegável que a posterior atividade reguladora nesse subsetor tornar-se-ia muito dificultosa, com as empresas privadas almejando garantir a integridade de seus interesses materializados nos contratos de concessão e arrendamento firmados com a União. (GOMIDE, 2011, p. 87).”

É possível concluir, dessa feita, que os contratos de concessão celebrados entre as administrações ferroviárias e o poder público estão calcados no arcabouço legal descrito nesse capítulo, e tem se mostrado ser o principal instrumento setorial que orienta as relações de longo prazo entre as partes.

Daí decorre a importância para o interesse público que os novos contratos firmados sejam ajustados para endereçar os principais problemas existentes e prever possíveis responsáveis por problemas futuros, de forma a dar estabilidade e promover o desenvolvimento setorial.

## 2.5 Contratos de concessão do setor ferroviário

O contrato de concessão é, por força do art. 4º da Lei 8.987/1995 (BRASIL, 1995a), o instrumento que rege a relação entre a União e empreendedores privados as atividades relacionadas com a exploração da ferrovia, por isso, conforme anota GONÇALVES (2003, p.104 apud GASIOLA, 2015), esse tipo de contrato administrativo conserva para a Administração a “lógica da função”, ou seja, ao se identificar uma inadequação do contrato para o interesse público, o poder concedente tem o poder-dever de alterar ou resolver o contrato.

Isso porque o transporte ferroviário é, na classificação de YESCOMBE, 2007; GRIMSEY, LEWIS, 2004, e seguintes apud GASIOLA (2015), utiliza uma infraestrutura econômica do tipo hard. GASIOLA (2015) define que uma infraestrutura econômica compreende as estruturas necessárias para a prestação de serviços públicos, e o seu déficit leva à existência de gargalos capazes de gerar custos desnecessários à economia.

O autor complementa que o termo hard se refere às estruturas físicas necessárias para a prestação do serviço, que no setor ferroviário corresponde às ferrovias, aos pátios de cruzamento, ao material rodante, às pontes, aos viadutos, entre outros. Tais

características indicam que o setor é um monopólio natural, possui relevantes conflitos de interesses entre os atores e também sofrem influência de demandas sociais, que se encontram em constante mutação.

Em uma relação do Estado com o empreendedor os objetivos são conflitantes e a informação incompleta, por isso os contratos devem promover a compatibilidade entre incentivos e a racionalidade individual, tendo em vista que os agentes agem de forma a atender seus próprios interesses (TAKASAKI, 2014).

Assim, é possível constatar que, diante das características setoriais, o contrato de concessão serve para balizar a relação público-privada no longo prazo, descrevendo direitos e obrigações das relações jurídicas consentidas entre administração e particulares, nas quais, por um lado, a administração detém prerrogativas que lhe permitem alterar ou romper unilateralmente o pactuado e, por outro lado, o marco regulatório vigente – em especial o art. 10º da Lei de Concessões – garante ao parceiro privado a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença.

Verifica-se ainda que o contrato de concessão perpassa a relação poder concedente-concessionário, a ponto de MOREIRA (2010, p. 281 apud PINHEIRO E RIBEIRO, 2017) descrever que um contrato de concessão de serviços públicos veicula um verdadeiro “Projeto Concessionário”. Isso porque estabelecem a celebração desse ajuste cria vínculos primários – entre o poder concedente e o concessionário, vínculos secundários – entre estes e os destinatários diretos da utilidade pública, assim como reflete nos “terceiros detentores de posições jurídicas subjetivas em face da concessionária”. Não é à toa que PINHEIRO E RIBEIRO (2017) concluem que o contrato de concessão é uma relação jurídica complexa.

Como descrito anteriormente, o setor ferroviário é o típico caso em que, na tentativa de simular a competitividade em um monopólio natural, a concorrência se dá pelo mercado. Isso porque o art. 18 da Lei de Concessões determina que o poder concedente tem a obrigação disponibilizar a minuta do contrato junto ao edital de licitação, ou seja, o poder concedente, em momento anterior ao ingresso do agente econômico no mercado, delinea as regras a que o privado se sujeitará (art. 29 e 31 da Lei 8.987/1995). O equilíbrio entre os direitos e as obrigações de cada parte ofertada no lance vencedor será considerado o equilíbrio econômico-financeiro da avença, previsto no art. 10 da Lei de Concessões.

A Lei 8.987/1995 (BRASIL, 1995a) buscou captar a complexidade da relação que se formará para a prestação do serviço público e determinou, no seu art. 23, que o contrato de concessão deve conter cláusulas mínimas obrigatórias relativas às principais características que envolvem esse tipo de “projeto concessório”: (i) objeto, área e prazo da concessão; (ii) modo, forma e condições de prestação do serviço; (iii) critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; (iv) preço do

serviço e os critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; (v) direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária; (vi) direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço; (vii) forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la; (viii) penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação; (ix) s casos de extinção da concessão; e (x) os bens reversíveis.

Mantendo a mesma estrutura mínima obrigatória, é de se esperar que o gestor, a partir das experiências pretéritas e com o foco de reduzir os problemas setoriais, internalize as melhorias nos contratos de concessão que serão celebrados. Enquanto uns aperfeiçoamentos são marginais, outros, porém, tem o condão de atuar diretamente nas deficiências regulatórias de forma que, a cada licitação, as alterações promovidas nos contratos administrativos possam captar melhorias para a gestão contratual e para a prestação do serviço público. Analisar as alterações realizadas nas cláusulas contratuais é, portanto, o cerne do presente trabalho.

### 3. Contratos de concessão de ferrovias

A análise de todos os contratos de concessão de ferrovias se mostraria uma tarefa repetitiva, uma vez que diversos contratos possuem as mesmas cláusulas. Assim, como proposta metodológica, optou-se pela seleção de contratos de concessão ferroviária capazes de representar no tempo as alterações realizadas. Antes de selecionar os contratos, porém, importante realizar o levantamento de todas as ferrovias brasileiras e o período em que suas avenças foram celebradas. Assim, agrupou-se as ferrovias concedidas por períodos em que as avenças foram celebradas.

Importante lembrar que o contrato de concessão é apenas um dos vínculos criados no âmbito do “pacto concessório” (MOREIRA, 2010 apud PINHEIRO E RIBEIRO, 2017). Os demais vínculos contratuais são de caráter eminentemente privado, uma vez que a maior parte das atividades dos concessionários de serviços públicos acontece dentro do regime privado, que perpassa pela escolha pública de se delegar o serviço público a um particular estar relacionado a “gestão privada que ele empregará para o provimento dos cometimentos públicos pretendidos” (GONÇALVES, 1999, p. 262 apud PINHEIRO E RIBEIRO, 2017).

Por exemplo, o Contrato Operacional Específico (COE) é um contrato de direito privado em que as concessionárias, como partes interessadas, pactuam por meio de livre negociação as regras para o exercício do tráfego em regime de direito de passagem. Por impactarem o uso da infraestrutura pública, o RTF elencou os tópicos essenciais (art. 7º) que devem constar nesse instrumento particular, o qual incluem: trecho a ser

utilizado; estimativa de carga a ser transportada; requisitos operacionais do comboio; valores das tarifas a serem praticadas, vigência, entre outros.

O COE firmado entre as concessionárias não serão analisados, mas o impacto das cláusulas dos contratos de concessão analisados que porventura trará às condições de negociação entre os entes privados comporá parte do escopo do trabalho.

Além desse ajuste, as concessionárias também firmam contratos, geralmente de longo prazo, para a prestação do transporte de cargas com seus clientes e contratos de consultoria com prestadores de serviços. Esses tipos de contrato não serão objeto de análise do presente trabalho.

### 3.1 Contratos assinados antes da Constituição Federal de 1988

O primeiro exemplo desse tipo é a Estrada de Ferro Paraná Oeste S.A. (Ferroeste), uma sociedade de economia mista que tem no Governo do Paraná seu maior acionista. Em outubro de 1988, a Ferroeste recebeu a outorga da concessão para construir e operar a ferrovia entre Guarapuava/PR e Dourados/MS por meio do Decreto do Governo Federal 96.913/88. O trecho concluído que se encontra em operação possui 248 km de extensão e liga as cidades de Guarapuava/PR e Cascavel/PR.

Outra concessão nessa situação é a Ferrovias Norte Brasil S.A (Feronorte), que obteve a concessão para construção, operação, exploração e conservação da ferrovia, por meio do Decreto 97.739 de 12/5/1989. A ferrovia atualmente possui 735 km de extensão em bitola larga ligando as cidades de Rondonópolis/MT à Santa Fé do Sul/SP, onde se conecta à Malha Paulista com destino ao Porto de Santos. A concessão foi concedida pelo prazo de 90 anos e atualmente é operada pela empresa Rumo S.A.

Outras concessões menos relevantes devido a sua extensão e a falta de integração com o subsistema ferroviário federal. As ferrovias Estrada de Ferro Jarí (EFJ), a Estrada de Ferro Amapá (EFA) e a Estrada de Ferro Trombetas (EFT) são consideradas ferrovias típicas industriais e locais, pois servem praticamente para a exploração de uma única indústria.

A Estrada de Ferro Jarí localizada no norte do Estado do Pará possui 68 km de extensão e transporta madeira para a fábrica de celulose Empresa Jarí Celulose S.A., que detém sua concessão desde o final da década de 70.

Já a Estrada de Ferro Amapá (EFA), realizava até 2014 o transporte de minério de manganês entre a Serra do Navio e o Porto de Santana, ambos no estado do Amapá. A ferrovia, com 194 km de extensão, foi construída na década de 50 pela Indústria e

Comércio de Minérios S.A (Icomi), que manteve sua concessão até 1998. Ao término da vigência desse contrato, os bens reversíveis foram transferidos ao Estado do Amapá, que a concedeu, em 2006. Com a falência da concessionária, em 2015 o Estado declarou a extinção do contrato e a ferrovia atualmente encontra-se desativada.

Por fim, a Estrada de Ferro Trombetas (EFT), com apenas 35 km de extensão, foi concedida em 1979 à Empresa Mineração Rio do Norte S.A. O contrato ainda vigente garante o direito de construir e explorar a estrada de ferro que liga as minas de bauxita de Serra do Saracã, município de Oriximiná (PA), ao Terminal de Uso Privado (TUP) próprio da empresa localizado Porto Trombetas (PA).

Considerando que as concessões de ferrovias apresentadas se originaram em antes da Constituição Federal de 1988, portanto, sob outro marco legal, nenhum desses contratos de concessão farão parte da análise da evolução temporal pretendida no preste trabalho.

### 3.2 Contratos licitados na década de 90

Após quase 40 anos de exploração das ferrovias por meio da estatal Rede Federal Ferroviária S.A. (RFFSA), o governo federal decidiu conceder a exploração do transporte de cargas da sua malha ferroviária à iniciativa privada. Importante destacar que depois de um período de forte nacionalismo e presença estatal nos diversos setores da economia, a década de 90 foi marcada por reformas de cunho liberal que resultaram, por exemplo, na desestatização de diversos serviços públicos.

O Plano Nacional de Desestatização (PND) tinha como principais objetivos: desonerar o Estado, melhorar a alocação de recursos, aumentar a eficiência operacional, fomentar o desenvolvimento do mercado de transportes e melhorar a qualidade dos serviços. Nesse contexto, o Governo Federal incluiu a RFFSA, por meio do Decreto 473/1992, no PND, o que propiciou o início da transferência de suas malhas para a iniciativa privada e, posteriormente, culminou no processo de liquidação da estatal.

Para a licitação da RFFSA, a rede ferroviária foi dividida em 6 regionais geográficas: Oeste, Centro-Leste, Sudeste, Tereza Cristina, Sul e Nordeste. Os leilões dessas malhas foram realizados entre março de 1996 e julho de 1997 e os vencedores iniciaram a exploração das suas respectivas ferrovias entre julho de 1996 e janeiro de 1998.

Por último, a rede de ferrovias de propriedade do Estado de São Paulo, a Ferrovia Paulista S.A (Fepasa), foi incorporada à RFFSA para ser concedida. O leilão ocorreu em 1998 e a operação foi iniciada em janeiro de 1999, conforme tabela a seguir.

**Tabela 1: Malhas ferroviárias concedidas na década de 90.**

Malhas Regionais	Data do Leilão	Concessionária Vencedora	Início da Operação	Extensão (Km)
Oeste	05.03.96	Ferrovias Novoeste S.A.	01.07.96	1.621
Centro-Leste	14.06.96	Ferrovias Centro-Atlântica S.A.	01.09.96	7.080
Sudeste	20.09.96	MRS Logística S.A.	01.12.96	1.674
Tereza Cristina	26.11.96	Ferrovias Tereza Cristina S.A.	01.02.97	164
Sul	13.12.96	ALL-América Latina Logística do Brasil S.A	01.03.97	6.586
Nordeste	18.07.97	Companhia Ferroviária do Nordeste	01.01.98	4.238
Paulista	10.11.98	Ferrovias Bandeirantes S.A.	01.01.99	4.236
<b>Total</b>				<b>25.599</b>

Fonte: (TAKASAKI, 2014)

Nesses casos, o contrato de concessão rege a prestação do serviço de transporte ferroviário enquanto que a gestão do material rodante bem como dos ativos de infraestrutura advindos da RFFSA se dá por meio dos contratos de arrendamento. Essas malhas foram concedidas por 30 anos, com a possibilidade de ser prorrogado por mais 30 anos.

Destaca-se as alterações realizadas na concessão da malha nordeste. O contrato original foi cindido em 2013 pela ANTT em dois contratos de concessão distintos, tendo como justificativa a necessidade de ajustar os direitos e obrigações relacionadas com a construção da Ferrovia Nova Transnordestina. Um contrato repetiu as cláusulas do contrato original, contudo excluiu trechos ferroviários da concessão que não estavam sendo utilizados ou que estavam na zona de influência da novel ferrovia em construção.

Outro contrato celebrado é completamente inovador em relação ao anterior, pois contempla inclusão de cláusulas não previstas originalmente, como por exemplo, a obrigação de se construir a referida ferrovia e a previsão de uma taxa de retorno sobre o capital próprio investido nessas obras. Este contrato é, desta feita, considerado *sui generis* e sua legalidade vem sendo questionada no Tribunal de Contas da União (TCU), motivo pelo qual não será objeto de análise.

Pode-se dizer, também, que as ferrovias outorgadas à Vale S.A seguiram rito pouco diferente. As concessões da Estrada de Ferro Carajás (EFC), com 892 km de extensão, e da Estrada de Ferro Vitória-Minas (EFVM), que possui 898 km de linhas, foram incluídas como objeto integrante do processo de privatização da Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), cujo leilão ocorreu em maio de 1997.

O vencedor do leilão de privatização da mineradora recebeu a outorga para a exploração para o transporte ferroviário nas duas estradas de ferro, uma vez que, para os gestores da época, não faria sentido econômico privatizar a mineradora sem garantir o controle do transporte via ferrovia e do acesso ao porto, também conhecido por sistema integrado mina-ferrovia-porto.

Os contratos dessas ferrovias refletem, com ajustes pontuais, as mesmas cláusulas dos demais contratos de concessão originados a partir da antiga malha da RFFSA. Uma única diferença, por ter sido leiloada no âmbito de uma privatização, é a ausência de contrato de arrendamento dos ativos da ferrovia.

Importante ressaltar que parte dos gargalos atuais do setor ferroviário é reflexo do processo histórico de construção das ferrovias no Brasil. Outra parte está relacionada com os objetivos pretendidos na década de 90, cujo foco governamental era transferir a operação ferroviária à iniciativa privada com o fito de reduzir o déficit fiscal brasileiro. Em certa medida, esse objetivo foi alcançado, contudo passados 20 anos diversas outras fragilidades no contrato ficaram aparentes.

Esses contratos ainda estão vigentes, contudo desde 2015 no lançamento da nova versão do Programa de Investimento em Logística (PIL), uma das linhas apresentadas para a realização de investimentos no setor consistiu na inclusão de investimentos nas concessões existentes. Essa política pública inicialmente instituída pela Portaria MT 399/2015 foi, posteriormente, objeto da Lei 13.448/2017 (BRASIL, 2017), que trata da prorrogação antecipada dos contratos de concessão, determinando em seu art. 3º a incorporação das melhores práticas regulatórias nos contratos, de novas tecnologias e serviços, bem como, conforme o caso, a inclusão de novos investimentos na concessão.

Até o momento, cinco concessionárias foram qualificadas para terem seus contratos de concessão renovados em troca da inclusão de investimentos nas ferrovias, no entanto, a ANTT ainda não celebrou nenhum termo aditivo ao contrato, motivo pelo qual não comporão o objeto da análise.

O que se percebe é que as malhas originadas da RFFSA e as ferrovias outorgas à atual Vale S.A representam quase a totalidade da extensão da malha ferroviária brasileira, bem como possuem contrato de concessão praticamente iguais. Assim, para cumprir com o objetivo proposto inicialmente, optou-se pela escolha do contrato de concessão celebrado nesse período cujo prazo vigente seja o menor. Desse modo, o contrato de concessão da Malha Paulista é o que atendeu a esse critério e, portanto, servirá de base para análise a ser conduzida.

### 3.3 Contrato firmado em 2007

A FNS é uma ferrovia longitudinal brasileira projetada desde o final dos anos 80 para ser a espinha dorsal do subsistema ferroviário brasileiro, possibilitando a conexão entre as malhas ferroviárias que dão acesso aos principais portos e regiões produtoras do país.

O art. 8º da Lei 11.297/2006 (BRASIL, 2006) outorgou a titularidade para a construção, o uso e o gozo da EF-151 entre os municípios de Belém/PA e Panorama/SP à Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A, estatal responsável pela construção de ferrovias. Em 2007, o trecho conhecido por FNS-Tramo Norte, que liga as cidades de Porto Nacional/TO a Açailândia/MA, ponto de conexão com a Estrada de Ferro Carajás – EFC e com o porto de Itaqui/MA, foi subconcedido à concessionária Ferrovia Norte-Sul S.A., que se tornou a responsável pela conservação, manutenção, monitoração, operação, melhoramentos e adequação desse segmento ferroviário. A concessionária Ferrovia Norte-Sul S.A faz parte do grupo VLI Logística S.A.

A licitação da FNS-Tramo Central foi o primeiro leilão de ferrovias após o processo principal de desestatização, portanto o contrato de subconcessão da FNS-Tramo Norte é o último contrato de concessão celebrado pelo poder concedente desde as concessões realizadas na década de 90. É de se destacar que o contexto socioeconômico do Brasil nesse período era completamente distinto daquele que originou os principais contratos de concessão ferroviário. Diante disso, o contrato dessa subconcessão será incluída na análise a ser realizada nos próximos capítulos.

### 3.4 Ferrovias a serem licitadas

O Programa de Parcerias em Investimentos possui as seguintes ferrovias qualificadas para serem concedidas: Ferrovia Norte-Sul localizado entre Porto Nacional/TO e Estrela d'Oeste/SP (FNS-Tramo Central), a Ferrovia de Integração Oeste-Leste (FIOL) e a Ferrovia EF-170 entre as Sinop/MT e Miritituba/PA (Ferrogrão).

Desses projetos, a ferrovia FNS-Tramo Central, que conecta a FNS-Tramo Norte e a Malha Paulista, é a mais avançada para ser concedida, porque a ferrovia se encontra praticamente concluída, os estudos foram submetidos ao TCU e o edital de licitação foi publicado em novembro de 2018 com a previsão do leilão ocorrer em março de 2019.

A FNS-Tramo Central fará papel relevante de integração das malhas brasileiras e dos portos de Santos/SP e de Itaqui/MA. É composta pelo trecho compreendido entre Porto Nacional/TO – Anápolis/GO, com 855 km de extensão e que já se encontra em operação ferroviária, e pelo tramo localizado entre os municípios de Ouro Verde de Goiás/GO e Estrela d'Oeste/SP, com 682 km de extensão com 95% das obras

concluídas pela VALEC. A nova concessionária terá, então, a obrigação contratual de concluir as obras remanescentes.

Dessa feita, tendo em vista a relevância da ferrovia para o subsistema ferroviário, a minuta do contrato, pelo adiantamento do processo licitatório, fará parte dos contratos a serem analisados no presente trabalho.

O projeto de construção da Ferrogrão (EF-170) é conhecido por ser considerado uma alternativa logística exportadora de grãos da região produtora do Mato Grosso. Ela servirá como uma esteira de grãos porque não há previsão, pelo menos no médio prazo, de se conectar às demais ferrovias brasileiras. Seus estudos que embasarão a licitação ainda estão sendo submetidos ao controle social, por meio de Audiência Pública na ANTT, por isso seu contrato não será objeto de análise.

Por último, a FIOL começou a ser construída pela Valec ligando as cidades de Barreiras/BA a Ilhéus/BA. Nos últimos anos, a estatal vem sofrendo com a falta de recursos públicos oriundos do Orçamento Geral da União (OGU), o que levou o PPI a decidir que ela será concluída por meio do parceiro privado vencedor da licitação. Até o momento, os estudos que embasam a concessão estão submetidos ao controle social na ANTT. Portanto, a minuta de contrato, por estar longe de ser licitada, não será objeto de análise.

## **4. Análise da evolução contratual**

### **4.1 Dos contratos selecionados para análise**

Os contratos de concessão selecionados foram celebrados com o poder público em datas diferentes e situações bastante distintas, permitindo a análise temporal das cláusulas. Ademais, os contratos selecionados para análise refletem a situação de quase 100% da extensão das ferrovias brasileiras.

A tabela a seguir resume os contratos que serão analisados e busca oferecer uma visão mais ampla de algumas características do contrato. As cláusulas a serem analisadas com mais detalhamento no presente trabalho serão objeto do item seguinte.

**Tabela 2: Resumo dos contratos selecionados**

Características	Malha Paulista	Ferrovias Norte-Sul Tramo Norte	Ferrovias Norte-Sul Tramo Central	Análise das alterações
Concessionária	Rumo S.A.	Ferrovias Norte-Sul Logística S.A.	Sem definição	Não disponível
Data da Assinatura	10/11/98	20/12/2007	Leilão previsto para ocorrer em março de 2019	Não disponível
Extensão da ferrovia	2.055 km	745 km	1.537 km	-
Extensão de ferrovia com o mesmo contrato	27.226 km	745 km	1.537 km	A análise contempla 99% (total de 29.756 km) da extensão de ferrovias no Brasil. Fonte: ANTT Declaração de Rede 2017
Objeto da concessão	Concessão da exploração e desenvolvimento do serviço público de transporte ferroviário de carga na Malha Paulista, de propriedade da Rede Ferroviária Federal S.A.	Subconcessão com arrendamento para a prestação do serviço de administração e exploração da FERROVIA NORTE- FNS, no Trecho Açailândia/MA a Palmas/TO, compreendendo a operação, conservação, manutenção, monitoração, melhoramentos e adequação do trecho ferroviário.	Subconcessão pela Interviente Subconcedente da prestação do serviço público de transporte ferroviário de cargas associado à exploração da infraestrutura da malha ferroviária situada entre Porto Nacional/TO e Estrela d'Oeste/SP.	Exclusão do contrato de arrendamento e inclusão dos bens necessários à prestação dos serviços no próprio contrato de concessão.
Modelo de regulação	Tarifa teto para a prestação do serviço	Tarifa teto para a prestação do serviço	Tarifa teto para a prestação do serviço e para a cobrança pelo direito de passagem	Modelo de regulação mantido. Inclusão do conceito de limite de dispersão tarifária
Prazo e possibilidade de prorrogação	30 anos com possibilidade de prorrogação por igual período de tempo	30 anos com possibilidade de prorrogação por igual período de tempo	30 anos sem possibilidade de prorrogação	Exclusão da possibilidade de prorrogação contratual
Quantidade de Cláusulas	22	29	46	Aumento expressivo da quantidade de cláusulas contratuais.

Fonte: Elaboração própria.

Interessante destacar que a ANTT, ao elaborar a minuta de contrato da FNS-Tramo Central incluiu o Item 1- Disposições iniciais, no qual apresenta uma série termos e definições presente no contrato além de outros termos comumente utilizados no setor ferroviário (item 1.1), definiu regras para interpretação do presente contrato (item 1.2) e incluiu a lista de anexos ao contrato (item 1.3). Isso se mostra necessário para deixar claros os principais termos e a forma de interpretação da avença, facilitando quaisquer disputas judiciais ou administrativas.

## 4.2 Escolha das cláusulas a serem analisadas

Uma forma de orientar a escolha das cláusulas a serem analisadas é elencar entraves existentes no setor para avaliar se tais problemas são tratados nas avenças. Assim, se houver ajustes em busca de solucionar os problemas, ainda que os resultados sejam incertos porque as variáveis são complexas, é possível constatar que o contrato evoluiu em relação aos seus anteriores. Caso contrário, a manutenção das mesmas cláusulas contratuais irá perpetuar a situação elencada como problema.

Desta feita, buscou-se na literatura indicações sobre os principais problemas relativos ao desenvolvimento do setor ferroviário brasileiro para, em seguida, selecionar as cláusulas contratuais relacionadas.

Um dos problemas recorrentes do setor ferroviário é a falta de compartilhamento da infraestrutura, que trata da permissão de acesso à ferrovia por aqueles que não detenham o direito de explorá-la. A exigência de compartilhamento de infraestruturas de rede foi desenvolvida pela teoria chamada de *essential facility doctrine*, que determina que o monopolista detentor da infraestrutura cuja duplicação não seja economicamente viável permita acesso [de outros] a sua rede em condições não discriminatórias (GAUTIER e MITRA, 2008 apud DAYCHOUM E SAMPAIO, 2017).

O empecilho à interpenetração entre as malhas pode ser considerado um gerador de ineficiências logísticas, principalmente porque o Brasil produz ou explora commodities em distâncias superiores a 800km dos portos. Nessa situação, o modo ferroviário não deveria sofrer concorrência do setor rodoviário, cujos custos, para esse percurso e perfil de cargas, são significante maiores. Para DAYCHOUM E SAMPAIO (2017), esse empecilho se deve a dois fatores: a divisão geográfica da malha e o modelo regulatório que não privilegia o acesso.

Quanto ao modelo regulatório, o compartilhamento de uma *essential facility* se traduz em concorrência intramodal, que pode ocorrer pelo (i) tráfego mútuo ou direito de passagem, e pela (ii) separação entre a prestação de serviço de transporte e a gestão da infraestrutura, que é conhecida como desverticalização (ou *unbundling*).

A orientação estatal para a exploração horizontal (unbundling) das ferrovias, prevista no PIL Ferrovias 2012, foi descontinuada no âmbito do PIL Ferrovias 2015, restando, portanto, o compartilhamento da infraestrutura por meio do tráfego mútuo ou do direito de passagem.

CAMPOS NETO et al. (2010 apud DURÇO, 2011) ressaltam a dificuldade de interpenetração de uma concessionária na malha de terceiros, e destaca que “um dos fatos geradores desse comportamento tem origem nos editais de licitação, que previam que o tráfego mútuo seria o primeiro critério dessa interface, e não o direito de passagem”.

Para que o compartilhamento da malha ocorra de fato, a existência de capacidade na ferrovia se mostra condição sine qua non. POMPERMAYER et al. (2012) indica que os contratos de concessão não apresentaram elementos que permitissem o compartilhamento da via, pois há considerável assimetria de informações quanto à real capacidade de circulação de trens, uma vez que os parâmetros operacionais para cálculo desta capacidade são, até hoje, declarados pela ferrovia “visitada”.

Dessa forma, as cláusulas a serem analisadas no presente artigo estão alinhadas com a conclusão apresentada por TAKASAKY (2014) de que para contornar esse problema, mostrase necessário a “expansão da malha ferroviária, em sua maior parte, por meio de concessões ao setor privado e o estabelecimento de competição intramodal”.

Os temas – expansão da malha e competição intramodal – formam a base para que exista o compartilhamento da ferrovia. A expansão da malha pode ser entendida como a obrigação que a concessionária possui para realizar investimentos na criação de capacidade – a exemplo da construção de trechos ferroviários – ou para o incremento da capacidade instalada na via, de forma que essa característica não se demonstre uma restrição ao acesso de terceiros na malha.

Havendo capacidade na via, vislumbra-se que detentor do direito de explorar a ferrovia irá empregar seus esforços no sentido de captar mais cargas ou incentivar a utilização dessa infraestrutura por terceiros, uma vez que seus custos fixos são altos e afundados.

Há de se considerar que, mesmo com capacidade excedente, o agente econômico pode atuar de forma contrária ao acesso de outros atores em sua ferrovia. Diante disso, é necessário que outros instrumentos regulatórios estejam previstos no contrato que garantirá estabilidade e previsão no compartilhamento da via, seja pela forma como o compartilhamento se dará ou pelos limites tarifários permitidos para o acesso à malha.

A Tabela 3 indica os critérios utilizados no presente trabalho para avaliar se houve evolução nas cláusulas dos contratos contratuais de concessão de ferrovias.

**Tabela 3: Critérios utilizados para avaliar a evolução das cláusulas dos contratos de concessão.**

Problema setorial	Critérios
Compartilhamento da infraestrutura ferroviária	Investimentos para aumento e para a manutenção da capacidade
	Forma de compartilhamento da via
	Tarifas pelo uso da infraestrutura

Fonte: elaboração própria

### 4.3 Cláusulas relacionadas aos investimentos em capacidade da via

O contrato da Malha Paulista, assim como os demais celebrados na década de 90, não possuíam cláusulas explícitas relacionadas com a obrigação de se construir ou concluir trechos ferroviário nem com o aumento da capacidade da ferrovia em caso de restrição da capacidade, como é possível verificar cláusula 5.1. do contrato de concessão da Malha Paulista.

CONTRATO CONCESSÃO MALHA PAULISTA CLÁUSULA QUINTA – DA QUALIDADE DO SERVIÇO

#### 5.1. DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO

A CONCESSIONÁRIA deverá atingir, nos três primeiros anos, os níveis mínimos de produção anual abaixo discriminados, medidas em toneladas.kilômetros-úteis (sic), **devendo prover os investimentos necessários ao atingimento de tais metas:** (grifo nosso)

A falta de investimentos obrigatórios nas ferrovias licitadas na década de 90 é tema recorrente de pesquisas e trabalhos científicos. Nessa linha, DAYCHOUM E SAMPAIO (2014) constata que “a modernização e ampliação da malha e do serviço não constavam como obrigações das concessionárias, mas sim como um direito dependente de prévia anuência do Poder Concedente”. Diversas razões históricas e políticas podem ser apontadas para a decisão do poder concedente em não obrigar a realização de investimentos obrigatórios na via.

Por meio da interpretação desse dispositivo verifica-se a intenção indireta do poder concedente em induzir a realização de investimentos necessários para o atingimento das metas de produção. Em tese, se a produção das concessionárias se mantivessem em crescimento constante, conforme previsto inicialmente nos contratos, a capacidade da via se tornaria uma restrição que naturalmente o empreendedor iria resolver para poder buscar mais receita no mercado.

A bem da verdade é que em monopólios naturais essa lógica não é tão direta. No caso das ferrovias brasileiras constatou-se que a pactuação de metas quinquenais entre o poder concedente e o parceiro privado, seja por questões de mercado ou pelo risco moral presente na negociação (DURÇO, 2011), não teve o resultado vislumbrado por não ter sido capaz de induzir a realização de investimentos.

Fato é que a redação relativa à reversão dos bens da concessão inibiu completamente qualquer incentivo à realização de investimentos pelo concessionário, conforme a seguir.

CONTRATO DE CONCESSÃO DA MALHA PAULISTA CLÁUSULA DÉCIMA-SEXTA – DA REVERSÃO E DA INDENIZAÇÃO Com a extinção da CONCESSÃO, qualquer que seja a sua causa: (...)

III) Os bens declarados reversíveis serão indenizados pela CONCEDENTE pelo valor residual do seu custo, apurado pelos registros contábeis da CONCESSIONÁRIA, depois de deduzidas as depreciações e quaisquer acréscimos decorrentes de reavaliação. Tal custo estará sujeito a avaliação técnica e financeira por parte da CONCEDENTE. **Toda e qualquer melhoria efetivada na superestrutura da via permanente, descrita no Anexo V, não será considerada investimento para fins deste contrato;** (grifo nosso)

Por certo que nenhum empreendedor iria, dentro de uma lógica econômica racional, realizar investimentos de melhoria na superestrutura da via permanente, especialmente porque os itens que compõem a superestrutura – brita, dormentes e trilho – são materialmente relevantes no custo de uma ferrovia e carecem de vários anos para serem depreciadas. Complementa-se que a ampliação da capacidade de carga por eixo como melhoria da superestrutura.

É possível concluir, portanto, que além de não prever explicitamente a obrigação de se realizar investimentos na malha, os contratos desse período ainda desestimulavam a realização daqueles relacionados com a melhoria da superestrutura ao não os considerar passíveis de indenização pelo Poder Concedente.

O contrato de Subconcessão da FNS-Tramo Norte seguiu lógica semelhante ao da Malha Paulista, conforme extrai-se da seguinte cláusula:

CONTRATO DE SUBCONCESSÃO DA FNS-TRAMO NORTE CLÁUSULA SEXTA – DA QUALIDADE DO SERVIÇO

(...)

6.1 – DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO A SUBCONCESSIONÁRIA deverá atingir os níveis mínimos de produção anual, abaixo discriminados, medidos em tonelada.kilômetro útil (tku), tendo como referência o estudo de demanda enviado pela CONCESSIONÁRIA e a expectativa de incremento do volume transportado, em razão da entrada em operação dos novos trechos construídos, devendo **prover os investimentos necessários ao atingimento das seguintes metas:**

(...)

CLÁUSULA VIGÉSIMA – TERCEIRA – DA REVERSÃO E DA INDENIZAÇÃO

Com a extinção da SUBCONCESSÃO, qualquer que seja a sua causa:

(...)

III. Os bens declarados reversíveis excetuando-se os constantes da modelagem econômico-financeira da subconcessão, serão indenizados pela VALEC, pelo valor residual do seu custo, apurado pelos registros contábeis da SUBCONCESSIONÁRIA, depois de deduzidas as depreciações e quaisquer acréscimos decorrentes de reavaliação. Tal custo estará sujeito a avaliação técnica e financeira por parte da VALEC. **Toda e qualquer melhoria efetivada na superestrutura da via descrita no Anexo VI não será considerada investimento para os fins deste contrato;** (grifo nosso)

Fica patente que a Cláusula 6.1 do Contrato de Subconcessão praticamente repetiu os termos da Cláusula 5.1 do Contrato de Concessão da Malha Paulista e, portanto, não esse contrato não possui obrigação direta para a realização de investimentos no aumento da capacidade instalada. O mesmo ocorreu com as cláusulas que versam sobre a reversão dos bens de ambos os contratos.

Sobre o tema, é possível relatar uma pequena diferença entre as avenças até aqui analisadas. Verifica-se que a Cláusula Segunda da Subconcessão da FNS-Tramo Norte, transcrita a seguir, obriga o vencedor do certame a concluir o trecho da ferrovia.

#### CONTRATO DE SUBCONCESSÃO DA FNS-TRAMO NORTE

#### CLÁUSULA SEGUNDA – DAS CARACTERÍSTICAS E DAS ESPECIFICAÇÕES

##### I – CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DA FERROVIA

(...)

c) 361,5 km em construção pela VALEC, entre Araguaína (TO) e Palmas (TO), **a ser concluído com recursos provenientes da SUBCONCESSÃO.** (grifo meu)

Nesse caso, a obrigação prevista no contrato não pareceu ter o intuito de aumentar a capacidade, mas apenas de promover expansão de sua zona de influência e com o objetivo de ligar a ferrovia ora licitada com o trecho da FNS-Tramo Central planejada a ser construída pela estatal Valec.

A capacidade a ser instalada nessa ferrovia ocorre imediatamente no início de sua operação, o que permite concluir que os contratos celebrados até 2007 não previram a realização de investimentos na malha para o aumento da capacidade instalada, tornando o compartilhamento da ferrovia dificultoso quando a capacidade ociosa da via se esgota.

O contrato mais recente, que ainda nem foi celebrado, busca alterar a forma de se lidar com o problema de capacidade da via. A minuta de contrato da FNS-Tramo Central prevê a realização de dois tipos de investimentos: (i) investimentos com prazo determinado, consideradas as intervenções que devem ser iniciadas a partir da assunção da subconcessão que possuem o objetivo de se concluir as obras de construção para dar início à exploração do serviço público, e (ii) investimentos condicionados à demanda, que são as intervenções a serem realizadas pelo subconcessionário para a ampliação da capacidade operacional da ferrovia, sem o direito à reequilíbrio econômico-financeiro contratual.

#### MINUTA DE CONTRATO DA SUBCONCESSÃO DA FNS-TRAMO CENTRAL

(...)

(ii) Sem prejuízo de outras disposições previstas em lei, no Contrato e em seus Anexos, são deveres da Subconcessionária:

(a) executar o Plano de Investimentos em conformidade com as normas técnicas e de engenharia aplicáveis, e com as disposições deste Contrato e do Caderno de Obrigações;

(b) realizar os investimentos necessários para a conclusão das obras da Extensão Sul, no prazo de até 2 (dois) anos, contados a partir da Data de Assunção;

(c) realizar os investimentos para implantação de sistema de licenciamento e sinalização de via, em toda a Ferrovia, no prazo de até 3 (três) anos, contados a partir da Data de Assunção, ressalvado o disposto na subcláusula 4.6(ii);

(d) realizar o investimento para instalação de detectores de descarriamento, em toda a Ferrovia, no prazo de até 3 (três) anos, contados a partir da Data de Assunção, ressalvado o disposto na subcláusula 4.6(ii);

(e) obter a autorização de abertura de tráfego a ser emitida pela ANTT, paralelamente à conclusão das obras da Extensão Sul;

## 25 Penalidades

(...)

25.4 Constituem infrações sujeitas à imposição da penalidade de multa, no valor correspondente de até 50 (cinquenta) URS, as seguintes condutas da Subconcessionária trazidas neste Contrato e em seus Anexos:

(...)

(xii) Não promover as intervenções relacionadas ao Plano de Investimentos, nos termos do Caderno de Obrigações.

(xiii) Não promover as intervenções e investimentos necessários à expansão da capacidade da Ferrovia, de forma a reduzir seu nível de saturação a valor inferior a 90% (noventa por cento), nos termos do Caderno de Obrigações.

A inclusão de investimentos para conclusão da ferrovia não é uma novidade desse contrato, uma vez que também foi previsto no Contrato da FNS-Tramo Norte, contudo verificase que esses investimentos foram detalhados de forma minuciosa.

Já os investimentos condicionados à demanda consistem nos investimentos de caráter obrigatório para a Subconcessionária de forma a manter o índice de Saturação da Ferrovia (ISF) sempre abaixo de 90%. O ISF considera o valor do maior nível de saturação dos segmentos ferroviários (NSSF), medido pela razão entre a capacidade utilizada pela capacidade instalado de cada segmento ferroviário da via.

Importante destacar que o ISF é um parâmetro de medição objetivo incluído no contrato de concessão, cuja medição e apuração deve reduzir a possibilidade de litígios posteriores ou de negociação com vistas a pactuação, como eram as metas quinquenais dos contratos antigos. Nesse ponto, ainda que recente, essa obrigação tem como objetivo de ampliar a capacidade da ferrovia antes que ela estrangule.

Portanto, no que diz respeito às cláusulas que versam sobre a necessidade de se criar e manter capacidade na via, pode-se constatar que a minuta de contrato a ser celebrado na FNSTramo Central evoluiu em relação aos demais contratos de concessão analisados.

#### 4.4 Cláusulas relacionadas ao modo de compartilhamento da via

Por ser um monopólio natural, o poder concedente prevê formas para o compartilhamento da malha ferroviário por meio da obrigatoriedade de se conceder a permissão de acesso a outros interessados não detentores da infraestrutura. No caso da exploração vertical das ferrovias, o compartilhamento visa maximizar o sistema e evitar que as concessionárias se isolem nas suas respectivas malhas, podendo ser realizado pelo tráfego mútuo ou pelo direito de passagem.

O tráfego mútuo é a operação em que uma concessionária compartilha com outra concessionária, mediante pagamento, a via permanente e recursos operacionais para prosseguir ou encerrar a prestação de serviço público de transporte ferroviário de cargas.

Por sua vez, o direito de passagem se dá quando uma concessionária, para realizar o transporte de carga além da sua fronteira, utiliza, mediante pagamento, a via permanente e o sistema de licenciamento de trens da concessionária visitada. Pode-se entender que o direito de passagem (ou open access) consagra a liberalização do mercado de transporte ferroviário, entendida essa como a possibilidade de um concorrente acessar a infraestrutura do detentor regulado, se assim o desejar (DAYCHOUM E SAMPAIO, 2017)

Cada modo de compartilhamento representa grau distinto de interferência na malha da concessionária acessada, motivo pelo qual as concessionárias acessadas tendem a preferir o tráfego mútuo em função da menor intervenção sobre as suas vias, enquanto as concessionárias visitantes tendem a optar pelo direito de passagem por ser mais eficiente em termos de custo e de tempo. Não se pode olvidar que a regulação setorial deve disciplinar as condições do direito de acesso e das características operacionais mínimas para a operação.

Sobre esse assunto, DAYCHOUM E SAMPAIO (2017), descrevem que o modo de compartilhamento da capacidade de uma infraestrutura é um problema bastante complexo e a regulação ex ante é a melhor forma de lidar com a questão.

Observa-se que o RTF consignou a obrigação de operar em tráfego mútuo como regra, sendo exceção o direito de passagem, motivo pelo qual os contratos de concessão da década de 90 replicaram essa orientação, como consta do contrato da Malha Paulista a seguir

#### CONTRATO DA MALHA PAULISTA 9.1 – DAS OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA

(...)

**XXII) Garantir tráfego mútuo ou, no caso de sua impossibilidade, permitir o direito de passagem a outros operadores de transporte ferroviário**, mediante a celebração de contrato, dando conhecimento de tais acordos à CONCEDENTE no prazo de 30 (trinta) dias. Serão definitivas as exigências que a CONCEDENTE venha a fazer com relação às cláusulas de tais contratos referentes ao controle do abuso de poder econômico e à segurança do tráfego ferroviário. (grifo nosso)

A prioridade para o tráfego mútuo também foi incluída no contrato de concessão da FNS-Tramo Norte, transcrito a seguir

#### CONTRATO DE SUBCONCESSÃO DA FNS-TRAMO NORTE 11.2 – DAS DEMAIS OBRIGAÇÕES

Sem prejuízo das demais disposições, constituem também obrigações da SUBCONCESSIONÁRIA

(...) **XXII. Garantir o tráfego mútuo ou, no caso de impedimento, permitir o direito de passagem a outros operadores de transporte ferroviário, mediante celebração de contrato**, dando conhecimentos de tais acordos à ANTT, com conhecimento da VALEC, no prazo de 30

(trinta) dias. Serão definitivas as exigências que a ANTT venha a fazer com relação às cláusulas de tais Contratos referentes ao controle do abuso de poder econômico e à segurança do tráfego ferroviário.

Novamente, o contrato de subconcessão da FNS-Tramo Norte praticamente copiou os termos dos contratos da década de 90, os quais são constantemente objeto de críticas. Soma-se a isso, a baixa integração física das malhas e o resultado é que o compartilhamento ocorre de forma marginal na malha ferroviária brasileira.

Esse foi o contexto das reformas regulatórias apresentadas pela ANTT entre 2011 e 2013, bem como a decisão política incluída no PIL Ferrovias 2012 de se mudar a exploração da ferrovia do modelo vertical para o horizontal. Posteriormente, o PIL Ferrovias 2015 apresentou orientação do poder concedente no sentido de manter a exploração ferroviária de forma verticalizada, entretanto indicou a necessidade de se aprimorar a forma de compartilhamento dessa infraestrutura.

Após essa reviravolta regulatória, a minuta de contrato de subconcessão da FNSTramo Central foi o primeiro dispositivo contratual desenhado pela ANTT com essa orientação. Nela consta que:

#### MINUTA DE CONTRATO DA SUBCONCESSÃO DA FNS-TRAMO CENTRAL

##### 9 Compartilhamento da Infraestrutura Ferroviária e dos Recursos Operacionais

9.1 A Subconcessionária deverá garantir ao terceiro interessado, que possua outorga que permita a prestação do serviço de transporte ferroviário, **o acesso à infraestrutura ferroviária e aos recursos operacionais da Ferrovia, nos seguintes termos:**

(i) O compartilhamento da infraestrutura ferroviária e dos recursos operacionais será realizado **por direito de passagem e através do tráfego mútuo, respectivamente**, nos termos da regulamentação específica da ANTT;

(ii) As condições para o compartilhamento da infraestrutura ferroviária e de recursos operacionais serão estabelecidas entre a Subconcessionária e os terceiros interessados, vedado o estabelecimento de exigências mais restritivas que aquelas regulamentadas pela ANTT.

(...)

9.6 A ordem de despacho dos trens deverá obedecer à ordem de chegada, de modo que o primeiro a chegar também seja o primeiro a sair.

Constata-se claramente que a minuta de contrato da FNS-Tramo Central inovou ao trocar a prioridade do compartilhamento da via por meio do direito de passagem. Outros itens complementam que o despacho dos trens deve seguir a ordem de chegada e deverá conceder acesso ao visitante sem o discriminar, o que pode reduzir ineficiências do setor ferroviário.

Soma-se a isso o fato que a conclusão da FNS-Tramo Central permitirá o compartilhamento de seis ferrovias concedidas, de forma a ligar os portos de Santos/SP a Itaquí/MA. Com isso, a quantidade de ferrovias conectadas capazes de melhorar tanto o escoamento da carga aos portos quanto a possibilidade de integração inter-regional se ampliará e, com isso, vislumbra-se um potencial aumento do interesse das concessionárias em compartilhar suas malhas ferroviárias.

Dessa forma, verifica-se que, alinhado com a orientação do PIL Ferrovias 2015 em aprimorar a exploração vertical das ferrovias, o novo contrato a ser licitado evoluiu em relação aos demais contratos analisados ao inverter a prioridade do modo de compartilhamento da via para um modo mais eficiente.

## 4.5 Cláusulas relacionadas às tarifas praticadas pelo uso da infraestrutura

O §1º do art. 6º do RTF define que as condições para o tráfego mútuo e o direito de passagem serão estabelecidas entre as Administrações Ferroviárias, a ser formalizada por meio dos COEs. Esses contratos tipicamente de direito privado são estabelecidos por meio de livre negociação entre as partes e regulam aspectos operacionais – modo de compartilhamento, capacidade disponibilizada, sistema de comunicação, entre outros – e comerciais – valor da tarifa, forma de pagamento e reajuste, conforme determina a Resolução ANTT 3.695/2011.

Ressalva-se que o COE não é objeto de análise do presente trabalho, mas entre as características operacionais e comerciais desse instrumento, o preço tem impacto relevante na decisão de se contratar o serviço de transporte na malha de outra concessionária. Para as concessionárias já estabelecidas, o desconhecimento de uma tarifa pode resultar na discriminação do acesso à malha pela prática de preços não competitivos.

Para os potenciais operadores independentes que estão sendo autorizados a realizar o transporte, a ausência de parâmetros de negociação desestimula a realização na aquisição de material rodante para constituir empresa e iniciar suas operações, podendo ser considerado uma alta barreira de entrada no setor.

Por isso, entende-se que conhecer de antemão as principais condições que comporão o COE para a realização do direito de passagem pode trazer maior segurança jurídica na negociação dessas avenças a ponto de trazer mais eficiência para o transporte ferroviário.

Com relação a esse tema, os contratos de concessão da Malha Paulista e da FNS-Tramo Norte trazem apenas a tabela tarifária, utilizada para definir o preço teto dos serviços de transporte ferroviário para cada tipo de produto. Não há menção nesses contratos de tabelas tarifárias para o tráfego mútuo ou para o direito de passagem. A ausência desse critério traz insegurança jurídica e se mostra um desincentivo à entrada de novos operadores no setor.

Alinhado à conclusão do início do capítulo, de que a minuta de contrato está mais detalhada que as demais avenças, observa-se os itens iniciais contidos nas disposições iniciais a seguir.

## CONTRATO DE SUBCONCESSÃO DA FNS-TRAMO CENTRAL

### 1 Disposições Iniciais

#### 1.1 Definições

(...)

(uu) Tarifa de Direito de Passagem: é o valor pago por qualquer interessado que detenha outorga, à Subconcessionária, pela utilização da via permanente e do sistema de licenciamento de trens, nos termos da regulamentação específica da ANTT.

(vv) Tarifa de Referência: é o limite máximo da Tarifa de Transporte e **da Tarifa de Direito de Passagem**, que poderá ser exigido pela Subconcessionária, medida em R\$/unidade de carga, calculada de acordo com fórmula constante do Anexo 7.

(...)

#### 20.2 Remuneração

(...)

(iv) A Subconcessionária poderá praticar Tarifas de Transporte e **Tarifas de Direito de Passagem distintas entre Usuários, observando a Tarifa de Referência e o Limite de Dispersão Tarifária**, e desde que

baseada em critérios objetivos e isonômicos de contratação, tais como prazo, volume, sazonalidade, e condições de pagamento. (grifo nosso)

Como se observa, a nova minuta contratual manteve a regulação econômica do setor por meio da preço-teto (price-cap), modalidade de regulação setorial que, ao limitar a tarifa, força o concessionário a buscar produtividade na prestação do serviço. Incluiu-se na minuta a tabela tarifária máxima para a prestação do transporte ferroviário – serviço público concedido – e para exploração da infraestrutura – direito de passagem dos demais operadores. A definição desses limites ex ante torna a regulação mais clara e se mostra necessário pela alta assimetria de informação que envolve as propostas comerciais desse setor. Possível avaliar, dessa forma, que houve evolução na cláusula contratual relativa à tarifa de direito de passagem na minuta de contrato da FNS-Tramo Central em relação às demais.

Complementarmente, o órgão regulador impôs nova regra que deve ser respeitada, que é a necessidade se respeitar o limite de dispersão tarifária, que visa reduzir a possibilidade de discriminação de usuários pela cobrança de tarifas fora do padrão, para mais ou para menos. Trata-se de mais um instrumento regulatório a ser utilizado em caso de abuso da posição de monopolista.

## 4.6 Resumo das análises

Buscando sintetizar as análises empreendidas nas cláusulas que tratam do compartilhamento da infraestrutura ferroviária, percebe-se que, de uma forma global, houve uma evolução nesses dispositivos dos contratos de concessão, especialmente quando se tem a referência da minuta de contrato a ser licitada da Ferrovia Norte-Sul. Um resumo das alterações se encontram na Tabela 4 a seguir:

**Tabela 4: Resumo das alterações analisadas.**

Problema setorial analisado	Critérios	Contrato Malha Paulista	Contrato FNS Tramo Norte	Minuta de Contrato da FNS Tramo Central	Análise
Compartilhamento da infraestrutura ferroviária	Investimentos Obrigatórios para conclusão da ferrovia	Não previsto	Inclusão de obras para conclusão da ferrovia	Inclusão de obras para conclusão da ferrovia	Alteração pouco significativa.
	Investimentos para aumento e para a manutenção de capacidade da ferrovia	Não previsto	Não previsto	Gatilho Índice de Saturação da Ferrovia (ISF) no limite de 90%	Alteração significativa. Inclusão de dispositivo para manutenção de capacidade disponível na via.
	Forma de compartilhamento da via	Prioridade para tráfego Mútuo	Prioridade para tráfego Mútuo	Prioridade para Direito de passagem	Alteração significativa. Prioridade de compartilhamento da via para o direito de passagem
	Tarifas pelo uso da infraestrutura	Livre negociação entre as partes	Livre negociação entre as partes	Preço teto ( <i>PriceCap</i> ) na cobrança no direito de passagem, respeitado o limite de dispersão tarifário.	Alteração significativa. Inclusão no contrato do conceito de limite de dispersão da tarifa e de tabela tarifária para o direito de passagem.

Fonte: elaboração própria

Os ajustes nas cláusulas no novo contrato pode ser um fator que ajudará a promover o aumento do uso desse modo de transporte. Pode-se dizer que essas condições de contorno referentes ao compartilhamento da infraestrutura presentes na minuta de contrato de concessão da FNS servirão como base para a negociação e a futura celebração dos COEs que regerá a relação entre as concessionárias visitadas e visitantes, assim como trará um maior grau de segurança para que os operadores ferroviários independentes autorizados pelo poder concedentes possam avaliar e planejar com mais certeza quais rotas ou trechos irá competir nas malhas ferroviárias brasileiras.

Verifica-se, entretanto, que é impossível avaliar de antemão qual será o comportamento das concessionárias em momento posterior à assinatura doo contrato. Há de se

recordar que as cláusulas contratuais servem de baliza e de incentivos para alinhar o comportamento dos principais atores envolvidos – poder concedente e concessionária –, pois, como bem destaca TAKASAKI (2014), os agentes dessa relação visam atender seus próprios interesses.

Por isso, a inclusão ou a alteração das cláusulas contratuais, por si só, não impede que a concessionária discrimine ou atrapalhe o acesso de outros à sua malha. Para esses casos, mostra-se imprescindível a existência de Agência Reguladora com capacidade técnica e organizacional para exercer o seu papel fiscalizatório e sancionatório previsto tanto na avença quanto nas regulações setoriais, atuando nos conflitos operacionais e comerciais de forma a mediar soluções ou arbitrar disputas.

Por fim, se a concessionária exercer sua posição monopolista natural na negociação dos COEs a ponto de caracterizar abuso de poder econômico, entende-se que o órgão a atuar seria o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), cuja análise foge completamente o escopo do presente trabalho.

Em suma, apresentou-se que o novo de contrato de concessão ferroviário proposto é mais complexo e detalhado que os demais contratos de concessão vigentes analisados, bem como apresentam dispositivos novos ou reformulados com vistas a tratar os principais problemas setoriais, a exemplo do compartilhamento da infraestrutura ferroviária. Apesar disso, mostra-se imprescindível que, nos casos de desrespeito ao contrato e à regulação, a Agência Reguladora tenha capacidade técnica e organizacional para exercer o poder fiscalizatório e sancionador de forma a corrigir comportamentos fora dos previstos no contrato e contrários à eficiência setorial.

## 5. Conclusões

Após a descrição da estrutura do setor ferroviário e dos seus principais atores, passou-se a apresentar o marco regulatório do setor que permite a exploração, direta ou indireta, do serviço de transporte ferroviário de cargas.

Nesse tópico, constatou-se que o instrumento utilizado para regular a relação entre o poder concedente e o setor privado é o contrato de concessão, cujas características estão relacionadas no arcabouço legal apresentado. Como conclusão desse item, verificou-se que no setor ferroviário, tradicionalmente, a regulação contratual tem mais força que a regulação setorial promovida pela ANTT, demonstrando a necessidade de que as avenças possam endereçar os problemas setoriais.

Constatou-se que a maioria das ferrovias brasileiras possuem contratos de concessão firmados na década de 90 com o poder concedente, quando, no intuito de se reduzir o

déficit fiscal, o poder concedente realizou o leilão de desestatização da RFFSA. Esses ajustes são fonte recorrentes de críticas por apresentarem diversas lacunas regulatórias e por não incentivarem o uso eficiente do modal, principalmente para o direito de passagem. Depois dessa sequência de leilões, o poder concedente realizou apenas uma licitação da de ferrovia, o da subconcessão do trecho norte da Ferrovia Norte-Sul.

As críticas ao setor, em especial ao modo de compartilhamento da via, levaram o poder concedente a alterar o marco regulatório para introduzir o modelo horizontal de exploração das ferrovias. Contudo, o modelo não foi implementado e devido à crise fiscal do país, em 2015 o poder concedente manteve o modelo verticalizado. Com essa orientação, o poder público elaborou os estudos de viabilidade e recentemente publicou o edital da subconcessão da FNS no tramo central, juntamente com a minuta de contrato de concessão, que tem previsão de ocorrer em março de 2019.

O trabalho selecionou três modelos de contratos de concessão de ferrovias para analisar a evolução ao longo do tempo de seus dispositivos contratuais. Do universo de cláusulas que compõem os contratos, selecionou-se aquelas relativas ao compartilhamento da infraestrutura por ser um dos principais problemas que emergem de um monopólio natural e que necessitam ser regulados, preferencialmente, antes de sua assinatura. As cláusulas escolhidas avaliam obrigação de se criar e manter capacidade disponível na via, a prioridade para o modo de compartilhamento e a existência de tarifas teto para o direito de passagem.

Observou-se alterações significativas nas cláusulas analisadas na minuta de contrato da FNS-Tramo Central em relação aos contratos da Malha Paulista, firmado na década de 90, e da FNS-Tramo Norte, celebrado em 2007. Este último tipo de contrato replicou praticamente todas as cláusulas dos contratos da década de 90, portanto a grande alteração foi observada nos dispositivos contidos na minuta de contrato a ser celebrado com o vencedor do leilão da FNSTramo Central.

Verificou-se a evolução das cláusulas do contrato como um todo. Tem-se agora um instrumento mais completo e mais claro. Com relação ao problema de compartilhamento da malha ferroviária, foi possível observar que essa minuta de contrato de concessão inovou ao incluir gatilhos para a manutenção da capacidade ociosa da via, alterou a forma prioritária de compartilhamento de tráfego mútuo para direito de passagem e incluiu tabela tarifária máxima para o exercício do direito de passagem. São alterações que podem incentivar o compartilhamento da malha pelos demais concessionários de forma a incrementar a competição intramodal setorial.

Nesse sentido, é possível perceber que a ANTT, agência reguladora responsável pela fiscalização dos contratos, tem buscado meios de se resolver os problemas setoriais por meio da modernização do contrato de concessão. Acredita-se que uma das razões para a verificada evolução das cláusulas contratuais esteja relacionadas com o con-

texto em que foram elaboradas as minutas: os contratos da década de 90 possuíam o objetivo de reduzir o déficit fiscal, enquanto que a minuta da FNS-Tramo Central busca incluir melhorias estruturais de forma a impactar positivamente no ambiente econômico.

Dessa forma, considera-se que o presente trabalho conseguiu atingir o seu objetivo, que era avaliar as alterações realizadas nas cláusulas contratuais dos contratos de concessão de ferrovias. Apesar de concluir que houve evolução das cláusulas contratuais ao longo do tempo, especialmente na minuta de contrato que será licitada em breve, não há garantia de que o compartilhamento da via ocorrerá sem problemas, por isso mostra-se imprescindível que a agência reguladora tenha capacidade técnica e organizacional para fiscalizar os contratos de concessão.

Por fim, as alterações contratuais somente surtirão efeito no setor ferroviário com o passar dos anos, sugere-se, dessa forma, que nova pesquisa seja feita no futuro com o objetivo de avaliar os efeitos das alterações contratuais e, se possível, apurar se houve melhoria da eficiência setorial.

## Referências Bibliográficas

ALMEIDA, P. L. F. DE. Tombamento de ferrovias federais: limites e conflito de competência. *Revista Brasileira de Infraestrutura*, n. 14, p. 115–142, 2018.

ASSIS, A. C. V. et al. Ferrovias de Carga Brasileiras: Uma Análise Setorial. *BNDES Setorial*, n. 46, p. 79–126, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto no 473, de 10 de março de 1992. Dispõe sobre inclusão, no Programa Nacional de Desestatização - PND, da Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA, da AGEF - Rede Federal de Armazéns Gerais Ferroviários S.A. e da VALEC - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. *Diário Oficial*, Brasília, 11 mar. 1992.

\_\_\_\_\_. Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 14 fev. 1995, republicado em 28 set. 1998.

\_\_\_\_\_. Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 8 jul. 1995 - Edição extra, republicado em 28 set. 1998.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Decreto nº 1.832, de 4 de março de 1996. Aprova o Regulamento dos Transportes Ferroviários. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1996.

\_\_\_\_\_. Lei no 11.297, de 9 de maio de 2006. Acrescenta e altera dispositivos na Lei no 5.917, de 10 de setembro de 1973, que aprova o Plano Nacional de Viação; revoga o art. 3º da Medida Provisória no 2.217-3, de 4 de setembro de 2001; e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 10 mai. 2006.

\_\_\_\_\_. Lei no 11.772, de 17 de setembro de 2008. Acrescenta e altera dispositivos na Lei no 5.917, de 10 de setembro de 1973, que aprova o Plano Nacional de Viação; reestrutura a VALEC - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.; encerra o processo de liquidação e extingue a Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes - GEIPOT; altera as Leis nos 9.060, de 14 de junho de 1995, 11.297, de 9 de maio de 2006, e 11.483, de 31 de maio de 2007; revoga a Lei no 6.346, de 6 de julho de 1976, e o inciso I do caput do art. 1º da Lei no 9.060, de 14 de junho de 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 18 set. 2008.

\_\_\_\_\_. Lei no 12.379, de 6 de janeiro de 2011. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Viação - SNV; altera diversas leis; e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 7 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei no 12.743, de 19 de dezembro de 2012. Altera as Leis nos 10.233, de 5 de junho de 2001, e 12.404, de 4 de maio de 2011, para modificar a denominação da Empresa de Transporte Ferroviário de Alta Velocidade S.A. - ETAV para Empresa de Planejamento e Logística S.A. - EPL, e ampliar suas competências; e revoga dispositivo da Lei no 11.772, de 17 de setembro de 2008. *Diário Oficial*, Brasília, 20 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei no 13.334, de 13 de setembro de 2016. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, 13 set. 2016 - Edição extra, retificado em 15 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto no 8.875, de 11 de outubro de 2016. Revoga o Decreto nº 8.129, de 23 de outubro de 2013, que institui a política de livre acesso ao Subsistema Ferroviário Federal e dispõe sobre a atuação da Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. para o desenvolvimento dos sistemas de transportes ferroviário. Diário Oficial, Brasília, 11 mar. 1992.

\_\_\_\_\_. Lei no 13.448, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei no 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei no 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Diário Oficial, Brasília, 6 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Medida Provisória no 870, de 1 de janeiro de 2019. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Diário Oficial, Brasília, 1 jan. 2019 - Edição especial, republicado em 3 jan. 2019 - Edição extra Nº 2-A.

CAMPOS NETO, C. A. da S. et al. Gargalos e demandas da infraestrutura ferroviária e os investimentos do PAC: mapeamento IPEA de obras ferroviárias. Rio de Janeiro: IPEA, 2010. (Texto para discussão nº 1.465). Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/Index.php?option=com\\_content&view=article&id=4768&Itemid=2](http://www.ipea.gov.br/portal/Index.php?option=com_content&view=article&id=4768&Itemid=2)>. Acesso em 10 março 2019.

CASTRO, N. de. Estrutura, Desempenho e Perspectivas do Transporte Ferroviário de Carga. Pesquisa e Planejamento Econômico Vol. 32, No. 2, Ago 2002.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE TRANSPORTES - CNT. Plano CNT de transporte e logística 2018. – Brasília: CNT, 2018. 635 p.

DAYCHOUM, M. T.; SAMPAIO, P. R. P. Regulação e Concorrência no Setor Ferroviário. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 228 p.; 21cm.

DAYCHOUM, M. T.; SAMPAIO, P. R. P. Regulação e concorrência no transporte ferroviário brasileiro: o novo modelo proposto para o setor. Working Paper apresentado na 8ª Jornada de Estudos de Regulação, IPEA. Rio de Janeiro, 2014

DURÇO, F. F. A Regulação do Setor Ferroviário Brasileiro: Monopólio Natural, Concorrência e Risco Moral. Dissertação de Mestrado. Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. 2011.

EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA – EPL. Transporte interregional de carga no Brasil - Panorama 2015. Disponível em <<https://www.epl.gov.br/transporte-inter-regional-de-carga-no-brasil-panorama-2015>> Acesso em 20/3/2019.

FEIGELSON, B. Curso de direito da infraestrutura: logística e transporte. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 382 p. 2015.

FELIX, M. K. R.; FILHO, J. T. C. Marco normativo do setor ferroviário brasileiro: Caminhos para Superação da Insegurança Jurídica e Regulatória. Texto para discussão do Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, n. 218, p. 41, 2016.

GASIOLA, G. G. Regulação de infraestrutura por contrato. REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, v. 2, n. 1, p. 238–256, 2015.

PINHEIRO, A. C.; RIBEIRO, L. C. Regulação das ferrovias. Rio de Janeiro: Editora FGV:IBRE. 2017.

POMPERMAYER, F. M. et al. Considerações sobre os marcos regulatórios do setor ferroviário brasileiro - 1997-2012. IPEA - Nota Técnica, n. 6, p. 19, 2012.

RUS, G. de. The prospects for competition. In: GÓMES-IBÁÑEZ, J.; RUS, G. de. Competition in the railway industry: an international comparative analysis. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2006. p. 177-191.

SUMMERHIL, W. R. Trilhos do desenvolvimento: as ferrovias no crescimento economia brasileira 1854-1913. São Paulo: Alfiatar (2018).

TAKASAKI, E. A. O novo modelo brasileiro de exploração ferroviária. Dissertação. Departamento de Economia da Universidade Brasília, p. 127, 2014.

SOUZA JÚNIOR, M. S. de. Regulação e desempenho de serviços públicos em regime de concessão: Análise do Transporte Ferroviário de Cargas no Brasil Pós- Privatizações. Dissertação. Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro/MG. Belo Horizonte. 2013.

### **Missão**

Aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo

### **Visão**

Ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável