

**REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA INTRAMODAL NO TRANSPORTE FERROVIÁRIO DE  
CARGA SOB A PERSPECTIVA COMPARADA BRASIL – ALEMANHA**

**Patrícia Regina Pinheiro Sampaio**

Professora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e Economia – CPDE/FGV Direito Rio. Doutora e mestre em Direito pela USP

**Mariam Tchepurnaya Daychoum**

Mestranda pelo Instituto de Economia da UFRJ. Pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e Economia – CPDE/FGV Direito Rio.

**Endereço**

Praia de Botafogo, 190, 13º andar – Botafogo - RJ – CEP: 22250-900 – Brasil – Tel: +55 (21) 3799-5300 –  
email: [Patricia.pinheiro@fgv.br](mailto:Patricia.pinheiro@fgv.br)  
[Mariam.daychoum@fgv.br](mailto:Mariam.daychoum@fgv.br)

**RESUMO**

A concorrência intramodal é uma forma de mitigação dos problemas derivados de um monopólio natural. Os setores assim estruturados caracterizam-se por elevados custos fixo e a fundo perdido, com grandes economias de escala e necessidade de elevada escala mínima de eficiência para viabilização da atividade. Essas circunstâncias impedem que a concorrência, em seu sentido mais óbvio, seja ali instaurada. Esse é o caso do setor ferroviário, onde se verifica a inviabilidade econômica de duplicação da infraestrutura. Entretanto, a depender da política regulatória adotada pelo Estado, um ambiente mais competitivo pode ser instaurado.

O trabalho propõe uma análise comparada entre o modelo regulatório implementado na Alemanha, a partir das reformas ferroviárias propostas pela União Europeia, buscando extrair da experiência estrangeira aprendizados quanto aos dilemas enfrentados e características desejadas ao modelo institucional brasileiro para as novas concessões ferroviárias nacionais previstas no Plano Nacional de Investimento em Logística (PIL).

O objetivo da análise consiste em verificar qual foi o modelo regulatório aplicado pela Alemanha para garantir parâmetros satisfatórios de concorrência intramodal e o modelo proposto pelo Governo Federal, com o objetivo de incentivar a ampliação do uso desse modal na cadeia logística brasileira, assim como aumentar a densidade da malha. Para permitir uma efetiva comparação dos modelos, faz-se necessário proceder preliminarmente a um breve entendimento sobre os arranjos regulatórios existentes que objetivam garantir o acesso à malha ferroviária: o tráfego mútuo, o direito de passagem e as formas de unbundling.

A hipótese de investigação consiste em observar que as mudanças na regulação setorial que estão sendo consideradas pelo governo brasileiro se distanciam tanto do modelo que foi utilizado para a desestatização do setor, nos anos 90, quanto da experiência alemã de unbundling.

**Palavras-chave:** regulação ferroviária – concorrência intramodal – desverticalização – direito de passagem

**1. INTRODUÇÃO**

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

As ferrovias constituem um modal terrestre mundialmente utilizado para o escoamento de produção, sendo especialmente indicadas para os percursos de longas distâncias. Apresentam maior eficiência quanto à capacidade de transporte de carga, no que concerne ao volume, quando em comparação com o transporte rodoviário, e são reconhecidamente um meio mais barato e menos poluente (PASTORI, 2010).

Todavia, no Brasil, o transporte ferroviário tem sua participação na indústria negligenciada, consequência de decisões históricas que privilegiaram o modal rodoviário.<sup>1</sup> Atualmente o escoamento da produção do país é realizado majoritariamente por caminhões. De acordo com os dados do PNLT (MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES, 2011, p. 11), a matriz brasileira de transporte de carga tem a seguinte distribuição modal: 52% rodoviário; 30% ferroviário; 8% cabotagem; 5% hidroviário; 5% dutoviário.

Como uma primeira tentativa de atrair investimentos privados para recuperação da infraestrutura, nos anos 90 o setor passou por um processo de desestatização, tendo a gestão e a operação das malhas existentes sido transferidas à iniciativa privada. Mais recentemente, o Governo Federal tem demonstrado preocupação com os custos (financeiros e ambientais) envolvidos na atual matriz de transporte de cargas. Avaliando a economicidade do transporte por ferrovias, em 2012 apresentou à sociedade o Programa de Investimento em Logística - PIL: rodovias e ferrovias, o qual foi revisto em uma segunda versão tornada pública em junho de 2015.

Considerando a importância do tema para o desenvolvimento do país, este trabalho tratará do setor ferroviário sob a perspectiva regulatória e concorrencial sob a ótica comparada Brasil – Alemanha, com foco na concorrência intramodal, discutindo-se tanto o modelo visualizado na primeira etapa do PIL, quanto na segunda, que parece consistir em um retorno ao modelo de concessão e regulação implementado nos anos 90 durante o processo de desestatização. Para esse fim, serão brevemente apresentados os possíveis modelos institucionais que possibilitam a maior competitividade intramodal no transporte ferroviário como, por exemplo, a desverticalização do mercado (ou *unbundling*), o tráfego mútuo e o direito de passagem.

A justificativa para a escolha do modelo alemão, para fins comparativos, considerou os dados levantados pela da COMISSÃO EUROPEIA (2012, p. 9 - 12), que apontaram a Alemanha como o país europeu com maior malha ferroviária (33.890 km), seguido da França (29.918 km) e da Polônia (19.419 km). Destaca ainda que há mais de 600 operadores ferroviários na União Europeia que atuam no mercado de transporte de carga estando, dentre esses, 315 na Alemanha. Além disso, segundo dados do Statistics Portal (STATISTA, 2015), em 2009 a Alemanha era o país com a rede ferroviária mais densa do mundo, com 117,35m de linha férrea por km<sup>2</sup>; enquanto que o Brasil, tendo uma rede ferroviária de 33.342km, de acordo com informações disponíveis no site da ANTT, e uma área territorial de 8.515.767.049km<sup>2</sup> (IBGE, 2013), tem densidade equivalente a 3,9m de linha férrea para cada km<sup>2</sup> de território, o que permite verificar que a rede ferroviária alemã é trinta vezes mais densa que a brasileira.

Ressalta-se, ainda, o histórico de cooperação técnica entre Brasil e Alemanha, merecendo destaque: (i) o Acordo Básico de Cooperação Técnica - ABCT de 1954, assinado entre o Governo dos Estados Unidos do Brasil e o Governo da República Federal da Alemanha (Decreto nº 54.075/1954); (ii) as interações entre os dois Estados por intermédio do extinto Grupo de Estudos para Integração da Política de Transportes – GEIPOT; (iii) o Acordo sobre Cooperação Financeira para “estudos técnico, econômico e de Impacto Ambiental para a melhoria do transporte de carga e passageiros, no corredor Rio de Janeiro/São Paulo/Campinas, inclusive seus acessos aos Portos da Região”, firmado em 1995 entre o GEIPOT e o Instituto Alemão de Crédito para Reconstrução (Kreditanstalt für Wiederaufbau); (iv) o Memorando de Entendimento para o setor de transporte firmado em 1996 (D.O.U. em 25.09.1996); (v) o Acordo Básico de Cooperação Técnica de 1998 (Decreto n 2.579/1998); e (vi) o Memorando de Entendimentos entre os Governos dos dois países sobre cooperação econômica, sobretudo nos domínios da infraestrutura e da segurança, com vistas à Copa do Mundo Brasil, em 2014, e aos XXXI Jogos Olímpicos e XV Jogos Paraolímpicos no Rio de Janeiro em 2016.

Além disso, foram identificadas notícias de jornal, datadas de 2012, informando que havia intenção de a estatal VALEC – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. constituir parceria com a estatal alemã, Deutsche

---

<sup>1</sup> De acordo com BRAGA e AGUNE (1979), a opção brasileira pelo modal rodoviário restou clara no Plano de Metas (1956/1960), que para o setor ferroviário previa tão somente alguns acertos ao sistema previamente existente, enquanto que para o modal rodoviário havia um claro plano de expansão. Os autores ainda dão conta de que o setor ferroviário era identificado como um dos responsáveis pelo déficit público e, portanto, pela inflação. Na metade dos anos 60, o governo federal lançou um programa de “racionalização” dos transportes, que perdurou entre 1964 e 1966. A recomendação era que os déficits operacionais não mais onerassem o governo federal. Além disso, o programa limitou a construção de novas linhas férreas, cujas implantações só seriam admitidas após comprovação da justificativa econômica.

Bahn (DB), para fins de estabelecimento do novo modelo institucional a ser adotado no mercado ferroviário brasileiro.<sup>2</sup> De acordo com nota disponível no sítio da Revista Ferroviária, o Diretor-Presidente da VALEC à época, José Eduardo Saboia Castello Branco<sup>3</sup>, justificou a escolha da estatal alemã da seguinte forma: “*Por conta do dinamismo alemão, queremos trazer a Deutsche Bahn para nos apoiar em todos esses processos estruturais, de diretoria e de operações*”.<sup>4</sup>

O objetivo da nossa análise, então, consiste em verificar qual tem sido o modelo regulatório adotado pela Alemanha para garantir parâmetros satisfatórios de concorrência intramodal, e compará-lo com o modelo proposto pelo Governo Federal brasileiro com o objetivo de incentivar a ampliação do uso desse modal na cadeia logística brasileira. A hipótese de investigação consiste em que as mudanças na regulação setorial que estão sendo consideradas pelo governo brasileiro apresentam diferenças comparativamente à experiência alemã, o que poderá ter impacto negativo no atingimento do objetivo de expansão do modal ferroviário na matriz logística nacional.

## **2. O SETOR FERROVIÁRIO E A CONCORRÊNCIA INTRAMODAL: as ferramentas regulatórias**

O setor ferroviário é historicamente reconhecido como sendo um monopólio natural: dados os elevados custos afundados e as economias de escala, não se mostra economicamente eficiente, no mais das vezes, haver duas linhas férreas construídas paralelamente, ligando os mesmos pontos de origem e destino.<sup>5</sup> Todavia, pode experimentar competição tanto intermodal como intramodal. A concorrência intermodal, no entanto, apresenta limitações significativas: cargas de baixo valor agregado e a serem transportadas por longas distâncias não se tornam competitivas quando transportadas pelo modal rodoviário. Este tema não será objeto do presente artigo.

A competição intramodal, por sua vez, aparece como altamente relevante às ferrovias, mas seu estabelecimento requer a presença de regulação adequada a esse fim. Nesse sentido, há mecanismos regulatórios que auxiliam na promoção da competitividade intramodal, quais sejam: (i) o compartilhamento de infraestrutura, podendo assumir a forma de tráfego mútuo ou direito de passagem; e (ii) a fragmentação entre prestação de serviço e transporte e gestão da infraestrutura, também denominada desverticalização (ou *unbundling*).

O compartilhamento importa na permissão de acesso à infraestrutura por parte de agentes que não detêm a sua propriedade e/ou os seus direitos de exploração. Ou seja, por meio de instrumentos regulatórios, veda-se ao monopolista detentor da rede que exclua o uso da infraestrutura por terceiros.

No setor ferroviário brasileiro, a regulação adotou a técnica de tráfego mútuo como regra geral nos contratos de concessão dos anos 90, sendo permitido, subsidiariamente, o direito de passagem. A operação do tráfego mútuo é caracterizada pela atividade conjunta entre diferentes concessionárias e se verifica quando uma delas deseja ultrapassar as fronteiras de sua concessão. Nesse sentido, o tráfego mútuo operacionaliza-se pela “*partilha do frete entre as concessionárias e a compensação dos débitos e créditos recíprocos, decorrentes do compartilhamento dos recursos operacionais*” (CARVALHO DE OLIVEIRA, 2005, p. 228). É, então, uma

---

<sup>2</sup> Editorial. Estatal alemã ajuda a desenhar o novo modelo do setor ferroviário. *Jornal Valor Econômico*, 10 fev. 2012. Disponível em: <http://www.valor.com.br/empresas/2525340/estatal-alema-ajuda-desenhar-o-novo-modelo-do-setor-ferroviario#ixzz2SfZ51bbq> Acesso em: 09.10.2013

<sup>3</sup> Atualmente Castello Branco não é mais o diretor-presidente da empresa. Ele pediu exoneração ainda em 2012.

<sup>4</sup> Editorial. Valec e BID discutem modelo de concessão brasileiro. *Revista Ferroviária*, 04 jul. 2012. Disponível em: <http://www.revistaferroviaria.com.br/index.asp?InCdEditoria=1&InCdMateria=16032> Acesso em: 09.10.2013

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

‘operação compartilhada’, em que a concessionária que deseja prestar serviços de transporte para além de sua malha ferroviária utilizará a malha da outra concessionária, compartilhando os recursos operacionais.<sup>6</sup>

Já o direito de passagem consiste na utilização, por uma concessionária, da infraestrutura ferroviária administrada por outra, mediante remuneração. A operação da atividade é realizada, nesse caso, pela concessionária que irá exercer seu direito de passagem, e não pela ‘anfitriã’, conforme ocorre no tráfego mútuo. O direito de passagem (ou *open access*)<sup>7</sup> consagra a liberalização do mercado de transporte ferroviário, representando a possibilidade de um competidor acessar a infraestrutura do detentor de outra, se assim o desejar.

O setor ferroviário também pode ser objeto de desverticalização entre as atividades de gestão de infraestrutura e prestação de serviços de transporte, o que importa em uma liberalização maior e pode ocorrer por meio de três formas distintas: (i) *desagregação contábil*, adotando-se uma contabilidade distinta para cada atividade (gestão de infraestrutura e prestação de serviços), para garantir mínima transparência, especialmente em relação à inexistência de subsídios cruzados; (ii) *desagregação jurídica*, vedando-se a exploração em diferentes segmentos de um mesmo setor pela mesma pessoa jurídica – importando, também, na desagregação contábil, mas não impedindo que um mesmo grupo econômico, por meio de diferentes pessoas jurídicas, atue nos diferentes segmentos; e (iii) *desagregação societária* (ou acionária), impedindo que um mesmo grupo detenha investimentos nas diferentes etapas da atividade econômica (NESTER, 2006).

De acordo com GAUTIER e MITRA (2008, pp. 58 – 59), o processo de *unbundling* agrega dois objetivos para se atingir um ambiente competitivo: (i) confere transparência ao processo de concorrência, evitando os subsídios cruzados; e (ii) possibilita a aplicação de regimes jurídicos distintos e mais adaptáveis à natureza das diferentes atividades.

No caso do setor ferroviário, entretanto, a desverticalização encontra alguma crítica. PINHEIRO (2014) argumenta que a forte presença de economias de escopo no setor torna a segregação da gestão da infraestrutura e dos serviços ineficiente. Sustenta, nesse sentido, que “*o fluxo de informações entre o transportador e o gestor de infraestrutura é maior e melhor quando os dois são a mesma entidade. Isso permite de um lado, o melhor planejamento de investimentos e atividades de manutenção; de outro, facilita a exploração da malha*”. De outro lado, “*a entrada de transportadores independentes iria separar as decisões de investimento, reduzir a disponibilidade de informações e encurtar o horizonte de planejamento, impondo restrições e, portanto, limitando a otimização no uso de recursos*”. (PINHEIRO, 2014, p. 224) Assim, na opinião do autor, a opção pela desverticalização terá provavelmente um alto custo administrativo, para fins de se evitar que as assimetrias de informação limitem o compartilhamento da malha, de modo que “*vultosos recursos terão de ser direcionados à geração e análise de informações*” (PINHEIRO, 2014, p. 235). O autor também aponta para o risco de *cream skimming*, que ocorre quando um novo entrante atua apenas nos segmentos mais lucrativos do mercado, seja em relação aos trajetos, seja em relação aos produtos transportados (PINHEIRO, 2014, pp. 225 – 227).

Por outro lado, BECK *et. al.* (2013) problematizam a questão da introdução da competição no mercado de transporte ferroviário de forma distinta, evidenciando tanto casos de insucesso, como o que teria ocorrido no

---

<sup>6</sup> Nos termos da Resolução nº 3.695/2011 da ANTT, define-se o tráfego mútuo como sendo a “*operação em que uma concessionária compartilha com outra concessionária, mediante pagamento, via permanente e recursos operacionais para prosseguir ou encerrar a prestação de serviço público de transporte ferroviário de cargas*”, e o direito de passagem como sendo a “*operação em que uma concessionária, para deslocar a carga de um ponto a outro da malha ferroviária federal, utiliza, mediante pagamento, via permanente e sistema de licenciamento de trens da concessionária em cuja malha dar-se-á parte da prestação de serviço*”.

<sup>7</sup> “*‘Open access’ significa que cada competidor que sustenta algumas características pré-requeridas (e.g. exigências técnicas, de segurança e saúde financeira) pode ter acesso à estrutura essencial de forma não discriminatória. Por exemplo, na União Europeia empresas ferroviárias precisam obter uma licença e um certificado de segurança estatal para poder prestar serviços ferroviários. Permitir o acesso não discriminatório às estruturas essenciais é uma prática bastante comum. É também bastante comum ter um regime regulatório assimétrico entre o titular e os entrantes. Os entrantes têm liberdade para escolher em qual mercado querem atuar [dentro de um mesmo setor] e quais consumidores querem servir, enquanto que o titular é forçado a servir todos os consumidores (e.g. obrigações de serviços universais)*” (GAUTIER; MITRA, 2008, p. 663, tradução livre).

segmento de transporte de passageiros no Reino Unido, quanto de sucesso, do qual seria exemplo o transporte de carga nos Estados Unidos. Os autores ainda realizaram um levantamento bibliográfico que evidencia a ausência de consenso na bibliografia atual sobre a eficiência ou não do *unbundling* no setor ferroviário, bem como destacam a existência de relação direta entre o financiamento público, geralmente mais barato, e a eficiência do setor.

Nesse sentido, identifica-se que inexistente consenso acerca dos benefícios da desverticalização no setor ferroviário. Dessa forma, emerge a importância de se estudar com profundidade a realidade do setor em cada país, buscando-se identificar os fatores nevrálgicos de desenvolvimento das ferrovias à luz da realidade local, identificando-se a diversidade de arranjos possíveis e sopesando-os com as metas e objetivos que se pretendem atingir através da regulação do setor. Neste artigo exploraremos a experiência alemã como forma de interpretar as recentes mudanças sugeridas para o marco regulatório brasileiro a partir de 2012.

### 3. O SISTEMA FERROVIÁRIO ALEMÃO

Originariamente, os sistemas ferroviários na Europa eram organizados em monopólios estatais separados sob a regência das normas de cada país. Hoje, entretanto, com o advento da União Europeia, os Estados tiveram que adequar seus sistemas às diretivas do bloco. Nesse contexto, os sistemas de transporte ferroviário dos países-membros sofreram transformações tendentes à liberalização do setor (Diretiva 440/1991), com a finalidade de se criar um mercado ferroviário europeu aberto e competitivo (PAVLYUK, 2008). Nesse movimento, a Europa adotou a via da separação entre as atividades de operação e manutenção da infraestrutura, de um lado, e prestação de serviços, de outro, importando em regulações distintas para cada componente do sistema integrado (BOUF; LÉVÊQUE, 2006, p. 2).

A Alemanha sofreu os influxos dessas determinações da normatiza comunitária e foi adaptando seu sistema ao longo do tempo. Presentemente, o sistema ferroviário Alemão é coordenado por uma *holding*, a Deutsche Bahn AG (DB), que é uma sociedade por ações cujo capital encontra-se 100% sob titularidade da República Federativa da Alemanha.<sup>8</sup>

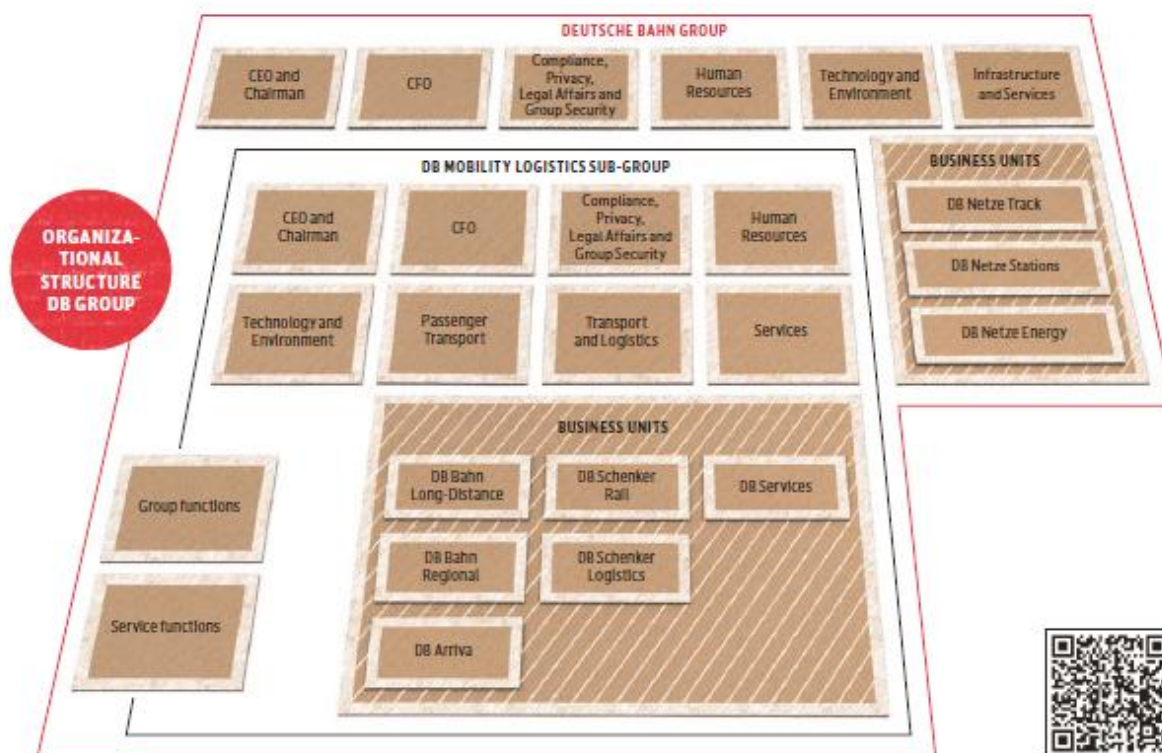
**Figura 1** – Modelo estrutural do Grupo Deutsche Bahn AG<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Apesar de a totalidade do controle estar nas mãos do Governo Federal Alemão, a DB é uma sociedade constituída sob as regras do direito privado e não do direito público. Isso significa que, apesar de o capital da *holding* ser totalmente estatal, sua contabilidade, gestão e estruturação seguem a racionalidade do direito privado, em que pese algumas considerações acerca da independência da sociedade. De toda forma, essa modelagem em conjunto com as exigências da legislação europeia fez com que a estruturação da Deutsche Bahn fosse associada a um processo de privatização do setor, que ficou conhecido como “privalização formal”, em oposição à “privatização material”, que até o momento não ocorreu.

<sup>9</sup> “Within DB Group, DB AG manages the Infrastructure division with its business units DB Netze Track, DB Netze Stations and DB Netze Energy directly. The remaining six business units are consolidated under the management of the wholly owned subsidiary DB Mobility Logistics AG (DB ML AG). Within DB Group, DB AG and DB ML AG both function as operational management holding companies. The DB AG and the DB ML AG are largely occupied by the same people (in dual roles)”.

Disponível em: [http://www1.deutschebahn.com/file/ecm2-db-en/1503130/4s4ZZTkZG2sxSZj3Fb2LNqvcMQ/9252498/data/ib2014\\_dbkonzern\\_en.pdf](http://www1.deutschebahn.com/file/ecm2-db-en/1503130/4s4ZZTkZG2sxSZj3Fb2LNqvcMQ/9252498/data/ib2014_dbkonzern_en.pdf) Acesso em: 07.07.2015.



Fonte: Deutsche Bahn, Integrated Report, 2014

A DB surgiu em 1994 através da unificação das malhas ferroviárias do leste e do oeste da Alemanha – à época, *Deutsche Bundesbahn* (oeste) e *Deutsche Reichsbahn* (leste). Sua transformação em *holding* ocorreu entre os anos de 1997 e 1999, quando se entregou às subsidiárias as unidades de negócio e a propriedade da infraestrutura, restando a gestão à controladora DB. (HAFNER, 2011, p. 3)

As autoridades federais com competência sobre as ferrovias são a Agência Federal de Indústrias de Rede (*Bundesnetzagentur*) e a Autoridade Ferroviária Federal (*Eisenbahnbundesamt*), além do Ministério dos Transportes e Infraestrutura Digital (*Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur*), responsável pelo planejamento do setor.

A Agência Federal de Indústrias de Rede é multisetorial e responsável por regular o setor ferroviário desde 2006, conforme disciplinam os §§14b e 14f da Lei Geral de Ferrovias (*Allgemeines Eisenbahngesetz/1994*). Sua atividade consiste no monitoramento da competição no setor, assegurando o acesso não discriminatório à infraestrutura. A Agência atua de forma independente, estando vinculada ao Ministério Federal da Economia e Tecnologia, de acordo com a lei que rege sua atividade (*Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen/2005*).

A Agência Federal de Indústrias de Redes exerce atividade de controle *ex ante* e *ex post*. No momento anterior ao início da atividade centra-se em questões de planejamento, como a alocação de trajetos, o acesso à serviços acessórios e a intermediação de acordos-quadro que tenham por objetivo coibir o uso de práticas negociais que infrinjam a regulação (SCHIMITT; STAEBE, 2010, pp. 9 – 11). À Agência cabe ainda a regulação das tarifas, que é realizada via imposição de teto tarifário (ou regulação *price-cap*).<sup>10</sup>

<sup>10</sup> “A Agência de Redes adotou modelo regulatório de teto tarifário (ou *price-cap*), em relação aos encargos pelo uso da infraestrutura ferroviário. De acordo com a Agência, as pequenas e médias empresas, entretanto, devem ser excluídas da obrigação de respeito ao limite tarifário. Para determinação do teto aplica-se uma fórmula que considera resultados práticos dependendo, nomeadamente, do estabelecimento de quocientes denominados ‘fatores de eficiência’, elegíveis para a inclusão, na tarifa, do custo de capital e da inflação” (SCHIMITT; STAEBE, 2010, pp. 357-358).

Por sua vez, a competência da Autoridade Ferroviária Federal envolve o trabalho de licenciamento e supervisão da atividade, no que respeita às questões de segurança no transporte.

Sobre o sistema ferroviário alemão recai, ademais, a regulação econômica do direito antitruste. O direito de acesso à infraestrutura tem salvaguarda legal específica, tanto no direito interno alemão, quanto no direito europeu. Os §§19 e 20 da Lei Antitruste Alemã (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen/1998*) reprimem respectivamente o abuso de posição dominante e a concorrência desleal. O art. 102 do Tratado da União Europeia, por sua vez, veda o abuso de posição dominante.

Até o presente momento, é possível identificar três etapas de reformas pelas quais passou, e vem passando, o setor ferroviário alemão. Trata-se de um processo longo e planejado, que passamos a descrever abaixo.

### **3.1. A primeira etapa da reforma ferroviária**

Alterações significativas no setor ferroviário alemão começaram a ser realizadas no início dos anos 90. Essas mudanças ficaram conhecidas como sendo a primeira etapa da reforma ferroviária, tendo iniciado o processo de liberalização do mercado ferroviário, tal como requerido pela Diretiva 440/1991 da UE. A legislação europeia abordou aspectos concorrenciais que foram acoplados ao sistema de transporte ferroviário alemão como, por exemplo, o direito de passagem.

O art. 1º da Diretiva estabeleceu que Estados-Membros deveriam garantir a independência de gestão das empresas de transporte ferroviário e separar a gestão da infraestrutura ferroviária da exploração dos serviços de transporte ferroviário, tornando a separação contabilística obrigatória e a separação orgânica ou funcional facultativa. Além disso, determinou a garantia dos direitos de acesso à rede ferroviária.

No plano nacional, a Comissão Governamental de Transporte Ferroviário, criada em 1989, elaborou o projeto de privatização do setor sustentando uma reforma legal geral. Ponto nodal dessa reforma era a transformação da Deutsche Bahn em uma sociedade por ações, com autofinanciamento através do mercado, acompanhada de uma gestão empresarial livre de influências políticas em suas decisões negociais. Outro ponto importante era a separação da atividade de manutenção da infraestrutura da prestação dos serviços de transporte. De modo geral, o relatório da Comissão apontava as ações necessárias para compatibilizar a estrutura da empresa à forma de atuação das companhias privadas, que é o caso da AG (*Aktiengesellschaft*), o que ficou conhecido como a “privatização formal” da DB (uma vez que materialmente a empresa permaneceu sob controle estatal alemão). Assim, entre 1993 e 1994 foi promulgado um pacote de seis leis nacionais, dentre elas a Lei Geral de Ferrovias, estruturante do setor (STAMM, 2009, p. 82).

No plano europeu, em 1995, foram publicadas as Diretivas nº 18 e 19, consolidando o primeiro “pacote ferroviário” da UE que, em seu aspecto temporal, coincide com a primeira etapa da reforma no transporte ferroviário na Alemanha. A Diretiva nº 18 dispõe sobre a concessão de licenças pelos Estados-Membros para os operadores de transporte ferroviário. A Diretiva nº 19, por sua vez, versou sobre a repartição da capacidade da infraestrutura ferroviária e a cobrança de taxas para a utilização dessa infraestrutura, prevendo a aplicação do princípio da liberdade de prestação de serviços ao setor ferroviário e direitos de acesso em um sistema de repartição da infraestrutura, mediante remuneração não discriminatória pela utilização da malha.

### **3.2. A segunda etapa da reforma ferroviária**

A segunda etapa da reforma ferroviária alemã consistiu em uma resposta ao segundo ‘pacote ferroviário’ europeu, lançado em 2004, através (i) da Diretiva nº 49/2004, que dispõe sobre a segurança no modal; (ii) da Diretiva de nº 50/2004, que versa sobre a interoperabilidade do sistema ferroviário transeuropeu; (iii) da Diretiva nº 51/2004 que, alterando a Diretiva nº 440/91, volta a tratar do direito de acesso no modal ferroviário; e, por fim, (iv) do Regulamento nº 881/2004, que instituiu a Agência Ferroviária Europeia – AFE. Mais uma vez, a legislação europeia impôs a necessidade de mudanças internas, em busca de adequação entre o ordenamento jurídico alemão, aplicável ao setor ferroviário, e o ordenamento jurídico europeu.

No direito interno, além das medidas legislativas que ocorreram desde 1994 para adequação à legislação europeia, cumpre mencionar que o §2, I, i e o §25 da Lei de criação da DBAG (*Deutsche Bahn Gründungsgesetz/1993*) já haviam determinado que, em não menos que três e em não mais que cinco anos após o início da operação do transporte local de pessoas pela DB no modelo de sociedade por ações, o

transporte de passageiros de longa distância, o transporte de carga e a infraestrutura também deveriam passar a ser operados pela recém-criada sociedade por ações.<sup>11</sup> Dessa forma, em 01 de janeiro de 1999 (ou seja, no último momento possível) realizou-se o *spin-off* das empresas DB Reise & Touristik AG, DB Regio AG, DB Cargo, DB Netz AG e DB Station & Service AG, que passaram a ser subsidiárias da Holding DBAG (STAMM, 2009, pp. 128 – 129).

Ademais, em virtude do disposto no art. 10, III da Diretiva 440/91, foram realizadas, em 2005, algumas alterações na Lei Geral de Ferrovias – LGF. A inserção do §14 na LGF teve papel fundamental na intensificação da ideia do livre acesso fiscalizado, no sentido de se evitar discriminação por meio da cobrança de taxas de acesso, aumentando-se também a possibilidade de intervenção pela autoridade reguladora. Maior significado para a questão do livre acesso veio, entretanto, com a edição do regulamento de utilização da infraestrutura (*Eisenbahinfrastruktur-Benutzungsverordnung* – EIBV/2005), trazendo concretude ao disposto no §14 da LGF (STAMM, 2009, pp. 129 – 130).

A desverticalização determinada pela Diretiva 440/91 (art. 6, III) foi materializada nesta segunda etapa da reforma do setor ferroviário alemão. O texto do §9a da LGF conferiu *status* normativo à liberalização da infraestrutura ferroviária e sua organização, assim como à necessidade de desverticalização do setor ferroviário.<sup>12</sup>

De modo a implementar a independência entre gestão e operação, a lei determinou a segmentação vertical das empresas ferroviárias que neste momento ainda estavam com a estrutura integrada, tendo previsto que os contratos de serviço de operação firmados com terceiros, pelas operadoras, não deveriam interferir em sua independência. Em suma, a lei determinou a nulidade das previsões contratuais que buscassem mimetizar situações de integração vertical. Essa regra focou, especialmente, nos possíveis acordos de controle que eventualmente a DB poderia desejar firmar com suas subsidiárias.

Os contratos existentes que resultavam em dependência entre prestação de serviço e operação da infraestrutura tiveram que ser ajustados ao novo modelo legal ou rescindidos. Exemplo da independência que passou a apresentar o detentor da infraestrutura é aquele decorrente da entrega, ao gestor, das decisões concernentes ao cronograma, à alocação e ao desenho da malha ferroviária, assim como ao caminho a ser percorrido pela locomotiva na operação de transporte (STAMM, 2009, pp. 130 – 131).<sup>13</sup>

### 3.3. A terceira etapa da reforma ferroviária

A terceira e última, mas ainda não finalizada, etapa de reforma do sistema ferroviário alemão tem sido abordada como uma etapa de privatização “material”, uma vez que, como visto, a “privatização” formal do setor já havia ocorrido desde a transformação da DB em sociedade por ações, nos moldes da legislação privada, associada à aprovação de diplomas legislativos determinando o livre acesso à rede.

---

<sup>11</sup> O transporte ferroviário local de pessoas é aquele com origens e destinos dentro de um mesmo estado federal, enquanto o transporte de longa distância é aquele cujo estado de origem não corresponde ao estado de destino. O transporte de passageiros na Alemanha foi regionalizado (*Gesetz zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs/1993*), isto é, o financiamento, planejamento e organização do transporte ferroviário local de pessoas são de responsabilidade dos Estados, e não da União, ao passo que o transporte de longa distância é de responsabilidade federal. Todavia, vale lembrar que a rede (infraestrutura ferroviária) é propriedade federal.

<sup>12</sup> O §9, 1 e 1ª da LGF, já previam a obrigação de separação contábil, nas empresas verticalmente integradas, entre as atividades de serviços ferroviários e a operação da infraestrutura. O §9, 1c, por sua vez, colocou a obrigação de separação da gestão, isto é, o dever de a prestação de serviço e a operação da malha serem realizadas por empresa distintas. O §9a, 1, (2), prevê a necessidade de independência operacional dos operadores ferroviários que vão exercer o direito de passagem. Por fim, o §9a da lei colocou a obrigação de desverticalização legal, isto é, a necessidade de separação das atividades entre pessoas jurídicas distintas. (SCHIMITT; STAEBE, 2010, p. 7-8)

<sup>13</sup> Lembre-se de que cabe à Agência de Redes a atividade de planejamento, como, por exemplo, a alocação dos trajetos que envolvem a operação de transporte de acordo com a capacidade da malha.



Além disso, é contemporânea à Diretiva Europeia nº 58 de 2007 que, alterando a Diretiva nº 440/91, versa sobre o direito de acesso às redes; dessa vez conferindo maior ênfase aos serviços de transporte com destino para além das fronteiras da Comunidade Europeia.

### **Os modelos para privatização da Deutsche Bahn vislumbrados pelo Ministério dos Transportes**

Em 2006, o então Ministério Alemão dos Transportes, Construção e Desenvolvimento Municipal (atualmente Ministério dos Transportes e Infraestrutura Digital<sup>14</sup>), apresentou trabalho contendo as possíveis variantes para privatização da DB, com e sem separação da infraestrutura, que ficou conhecido como “PRIMON-Gutachten” (*Privatisierungsvarianten der Deutschen Bahn AG mit und ohne Netz*). O estudo buscou mapear quais seriam as consequências em cada possível modelo de privatização (BUNDESMINISTERIUM FÜR VERKEHR, BAU UND STADTENWIKLUNG – BVBS *et. al.*, 2006). Os modelos inicialmente vislumbrados foram os seguintes:

#### **1. O modelo de separação (*das Getrenntesmodell*)**

Este modelo assume a separação da gestão e da rede, de modo que o Estado se manteria como detentor da infraestrutura, ou seja, continuaria com 100% do capital da DB Netz AG. As ações da *holding*, entretanto, seriam alienadas. A DB Netz AG não estaria sob controle da *holding* nesse modelo.

#### **2. O modelo de propriedade (*das Eigentumsmodell*)**

Este modelo é parecido com o modelo de separação, sendo a infraestrutura 100% estatal. Sob a forma de subsidiária da *holding*, a DB Netz AG seria uma empresa privada com controle estatal. A diferença em relação ao modelo anterior é que a DB Netz não caberia a gestão e operação da rede. Dessa forma, a empresa de infraestrutura ferroviária daria a rede, mas não sua gestão.

#### **3. Variação de *design* do modelo de propriedade (*das Eigentumsmodell – Gestaltungsvariante*)**

Outra possibilidade para o modelo de propriedade seria a transferência para uma empresa com capital estatal de toda a infraestrutura, assim como de uma parte da operação. No entanto, a transferência da operação seria apenas em relação às atividades consideradas essenciais, enquanto o restante das operações ficaria a cargo do grupo DB, nesse momento, materialmente privatizado, i.e., transferido à iniciativa privada. Neste modelo seria possível, no futuro, a transferência das atividades que estariam nas mãos do Estado para outra operadora de transporte ferroviário que não a DB.

#### **4. O modelo integrado (*das integrierte Modell*)**

Neste modelo permanece a divisão atual de tarefas e propriedade do Grupo DB; a única diferença é que uma parte minoritária da *holding* seria privatizada. A infraestrutura continuaria sob o comando da DB Netz, sendo o governo o proprietário indireto da rede – por meio da *holding*. Este é o modelo que exige o menor número de alterações em relação ao atual *status quo*.

#### **5. O modelo de Holding participação financeira (*das Finanzholding-Modell*)**

Este modelo mantém o formato de *holding* da DB. Em contraste com o modelo de integração, esclarece-se que este modelo não adotará o formato de *holding*-gestora – que estabelece contrato de gestão com suas subsidiárias –, mas sim o de *holding* financeira, que atua apenas como acionista das subsidiárias (BVBS *et. al.*, 2006, tradução livre).

O documento desenvolvido pelo Ministério traz análise comparativa de impacto dos modelos propostos em relação a quatro aspectos: (i) concorrência e interesse dos clientes; (ii) eficiência do modelo comercial e o mercado de capitais; (iii) implicações orçamentárias da alteração dos modelos; e (iv) quadro institucional. Para efeitos deste artigo, apresentaremos apenas as análises feitas em relação à concorrência intramodal no

<sup>14</sup> Disponível em: [http://www.bmvbs.de/DE/DasMinisterium/das-ministerium\\_node.html](http://www.bmvbs.de/DE/DasMinisterium/das-ministerium_node.html) Acesso em: 27.09.13

transporte ferroviário de carga, já que no Brasil o transporte ferroviário de passageiros é quase inexistente e não constitui o foco das políticas públicas para o setor anunciadas nos últimos anos.

A concorrência verificada no **modelo de separação**, quando comparada à do modelo integrado, é claramente maior, especialmente no transporte das categorias de bens 5, 7&8 e 9 descritas no relatório. A Categoria 5 compreende o transporte de ferro, aço e outros metais; as Categorias 7&8 abarcam o transporte de produtos químicos aplicados na agricultura e que são matéria prima, de modo geral; por fim, a Categoria 9 compreende o transporte de veículos de locomoção (automóveis, motocicletas, caminhões) e máquinas, produtos esses considerados prontos ou semi-prontos, assim como o transporte de bens alocados em contêineres. Essas são mercadorias com estreita relação com o sistema de transporte ferroviário, sendo difícil ou ineficiente a utilização de outro modal para o seu transporte (BVBS *et. al.*, 2006, p. 276).

Nesse sentido, o relatório do Ministério aponta, como questão prejudicial para a opção por esse modelo, o mapeamento do possível comportamento que teria a DB. Aventou-se que se espera que a DB tenha capacidade para suportar um ambiente mais competitivo, mantendo os serviços naqueles trajetos relativamente não lucrativos e desenvolvendo com mais afinco a área da atividade que se mostra mais lucrativa. Ressaltou-se, ainda, a necessidade de se diluir no tempo e entre os diversos concorrentes do mercado a manutenção desses trechos não lucrativos (BVBS *et. al.*, 2006, p. 407).

Outra questão consiste na possível vantagem competitiva que terá a DB frente aos novos entrantes no mercado, por sua capacidade de competir em preço e qualidade. Tal dinâmica, segundo o Ministério, levaria à queda de preços. Supôs-se que as taxas de frete praticadas pela DB nesse modelo, para as categorias 5, 7&8 e 9, experimentariam uma queda real (desconsiderando a inflação) de, mais ou menos, 10% em um primeiro momento, e mais 10% nos próximos 10 anos (BVBS, *et. al.*, 2006, p. 407).

Vejamos a tabela de prognose para o modelo de desverticalização elaborada pelo Ministério:

**Tabela 1: Prognose sobre o transporte ferroviário de mercadorias no modelo de separação**<sup>15</sup>

	2005	2020	
Desempenho no transporte da DB AG	79	92	Bilhões tkm
Desempenho no transporte dos concorrentes	9,4	33	Bilhões tkm
Fatia de mercado dos concorrentes no desempenho do transporte ferroviário	10,7%	26,6%	
Desempenho de vendas da DB AG	2.573	3.148	Milhões de Euros
Fatia de mercado cativa das ferrovias, no transporte de bens em geral. (indicativo de capacidade na competição intermodal)	15,8%	17,1%	

Fonte: BVBS *et. al.*, 2006, p. 408.

O proveito para o transporte de carga no modelo de separação se traduz na possibilidade real de desenvolvimento da concorrência. De todo modo, apesar dos efeitos positivos, o Ministério entende que, com relação especificamente ao transporte de carga, esses efeitos poderiam ser experimentados tão somente com o desenvolvimento do mercado interno europeu, sem a necessidade de se alterar o modelo institucional.

No **modelo de propriedade**, o prognóstico para o desenvolvimento da concorrência leva em consideração as barreiras que podem ser impostas pelos atuantes no mercado ferroviário em virtude de seu desenho institucional. Dado que se espera que a distorção da concorrência seja maior no modelo integrado e menor no modelo de separação, os outros modelos ocupam uma posição mediana em relação aos modelos limiares.

O Ministério dos Transportes considerou que, para o transporte de carga, não há muita diferença entre o modelo de propriedade e o modelo integrado. As expectativas de grupo dos participantes daquele mercado sobre o preço para acesso é a principal forma de barreira à concorrência. Nesse modelo verifica-se também a expectativa de ocorrência de problemas relacionados à operação da rede, por exemplo. A expectativa de

<sup>15</sup> “tkm” é uma unidade de medida utilizada no sistema de transportes que significa tonelada por quilômetro. Ou seja, 1 tkm é igual a 1.000kg transportados no percurso de 1 km. Definição disponível em: <http://www.duden.de/suchen/dudenonline/tkm> Acesso em: 05.10.2013.

possível discriminação entre concorrentes em relação a planejamento de investimentos diminui a probabilidade de efetividade do modelo. O Relatório conclui que o modelo de propriedade teria apenas 10% dos efeitos positivos sobre a concorrência no transporte de carga comparativamente ao modelo de separação (BVBS *et. al.*, 2006, p. 309). A prognose feita para esse modelo em relação ao transporte de bens foi a seguinte:

**Tabela 2: Prognose sobre o transporte ferroviário de mercadorias no modelo de propriedade**

	2005	2020	
Desempenho no transporte da DB AG	79	89	Bilhões tkm.
Desempenho no transporte dos concorrentes	9,4	21	Bilhões tkm
Fatias de mercado dos concorrentes no desempenho do transporte ferroviário	10,7%	19,3%	
Desempenho de vendas da DB AG	2.573	3.319	Milhões de Euros
Fatias de mercado cativa das ferrovias, no transporte de bens em geral. (indicativo de capacidade na competição intermodal)	15,8%	15%	

Fonte: BVBS, *et. al.*, 2006, p. 310

Sobre a **variação do modelo de propriedade**, o relatório verificou que seriam alcançados 80% dos benefícios para o transporte de mercadorias, em relação ao modelo de separação. A prognose gerada foi a seguinte:

**Tabela 3: Prognose sobre o transporte ferroviário de mercadorias na variação de *design* do modelo de propriedade**

	2005	2020	
Desempenho no transporte da DB AG	79	91	Bilhões tkm.
Desempenho no transporte dos concorrentes	9,4	31	Bilhões tkm
Fatias de mercado dos concorrentes no desempenho do transporte ferroviário	10,7%	25,1%	
Desempenho de vendas da DB AG	2.573	3.186	Milhões de Euros
Fatias de mercado cativa das ferrovias, no transporte de bens em geral. (indicativo de capacidade na competição intermodal)	15,8%	16,6%	

Fonte: BVBS, *et. al.*, 2006, p. 345

O **modelo integrado** é oposto ao modelo de separação. O relatório salienta que, dentre todos os propostos, é o que menos aponta para o efeito de estímulo ao desenvolvimento do mercado ferroviário. É importante esclarecer o panorama do modelo integrado (que é o modelo atual) em relação à concorrência: a DB é a fornecedora dominante em todos os mercados da indústria de transporte ferroviário, está conectada ao Estado de modo permanente, pois o Estado é detentor de 100% do capital da *holding*, e é quem controla o acesso principal à rede ferroviária, tendo grande potencial, portanto, para distorcer a concorrência. A prognose para o mercado de transporte ferroviário de cargas nesse modelo é a seguinte:

**Tabela 4: Prognose sobre o transporte ferroviário de mercadorias no modelo de integração**

	2005	2020	
Desempenho no transporte da DB AG	79	89	Bilhões tkm.
Desempenho no transporte dos concorrentes	9,4	20	Bilhões tkm
Fatias de mercado dos concorrentes no desempenho do transporte ferroviário	10,7%	18,4%	
Desempenho de vendas da DB AG	2.573	3.338	Milhões de Euros
Fatias de mercado cativa das ferrovias, no transporte de bens em geral. (indicativo de capacidade na competição intermodal)	15,8%	14,8%	

Fonte: BVBS *et. al.*, 2006, p. 278

O **modelo de Holding de participação financeira** também está posicionado entre os modelos de separação e integração. A avaliação desse modelo é um pouco prejudicada porque os aspectos concorrenciais só podem ser avaliados com maior precisão quando diante do modelo real de *holding* financeira. Dessa forma, a análise realizada pelo Ministério, com relação a esse modelo, é coberta de incertezas, mas, de todo o modo, cumpre explicitar a prognose apresentada no relatório:

**Tabela 5: Prognose sobre o transporte ferroviário de mercadorias no modelo de Holding de participação financeira**

	2005	2020	
Desempenho no transporte da DB AG	79	91	Bilhões tkm.
Desempenho no transporte dos concorrentes	9,4	29	Bilhões tkm
Fatia de mercado dos concorrentes no desempenho do transporte ferroviário	10,7%	24,4%	
Desempenho de vendas da DB AG	2.573	3.205	Milhões de Euros
Fatia de mercado cativa das ferrovias, no transporte de bens em geral. (indicativo de capacidade na competição intermodal)	15,8%	16,4%	

Fonte: BVBS *et. al.*, 2006, p. 376

Nesse sentido, restou observado que a União Europeia, através da Diretiva nº 440/1991, impulsionou o processo de desverticalização do setor ferroviário alemão, que foi ocorrendo gradativamente estando agora em discussão a privatização material da *holding* DB AG.

Em 2006, a discussão principal era se a abertura de capital da estatal incluiria, ou não, a rede física. Até o presente momento a discussão encontra-se paralisada e não foi verificada nenhuma ação governamental sob este propósito, o que não significa que o país não tenha inaugurado um modelo desverticalizado no setor ferroviário. Pode-se, todavia, problematizar o grau em que tal desverticalização ocorreu.

#### 4. O SISTEMA FERROVIÁRIO BRASILEIRO

O sistema ferroviário brasileiro está atravessando um período de mudanças, não apenas em relação aos investimentos, mas também no que concerne ao desenho institucional do setor. A retomada do debate acerca das ferrovias brasileiras foi impulsionada pelo Programa de Investimento em Logística: rodovias e ferrovias ('PIL') lançado pelo governo federal em 2012, que objetiva, em relação ao setor em análise: (i) o resgate das ferrovias como alternativa de logística; (ii) a quebra do monopólio na oferta de serviços ferroviários; e (iii) a redução das tarifas.<sup>16</sup>

O PIL é um programa que tem fundamento no Programa de Aceleração do Crescimento – PAC (Lei nº 11.578/2007) e conta com a Empresa de Planejamento e Logística S.A. – EPL no desempenho do planejamento e gestão dos investimentos a serem realizados nos setores de logística.<sup>17</sup> Além disso, a primeira etapa do PIL propôs uma nova modelagem para o setor ferroviário brasileiro, com participação *sui generis* da estatal VALEC, que ficaria responsável pela compra da capacidade integral da malha ferroviária para, em seguida, ofertá-la ao mercado em procedimento público.

Atualmente, o modal ferroviário é regulado pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a qual, no entanto, somente foi constituída em 2001, com a edição da Lei nº 10.233/2001, quando o processo de desestatização das malhas existentes nos anos 90 já havia sido ultimado. Anteriormente essa função era exercida diretamente pelo Ministério dos Transportes.

<sup>16</sup> De uma perspectiva mais ampla, os objetivos governamentais gerais a serem alcançados através do PIL consistem em: (i) restabelecimento da capacidade de planejamento integrado do sistema de transportes; (ii) integração entre ferrovias, hidrovias, portos e aeroportos; e (iii) articulação com as cadeias produtivas. Especificamente às ferrovias, o Programa tem a pretensão de reestruturação do modelo de investimento e exploração, assim como, expansão da capacidade de transporte da malha.

<sup>17</sup> À EPL caberá elaborar estudos sobre a viabilidade dos projetos; os elementos básicos do projeto de engenharia; o licenciamento ambiental; o modelo de concessão dos projetos.

#### 4.1. A histórica preferência pelo tráfego mútuo

A preferência regulatória brasileira pelo tráfego mútuo é anterior ao surgimento da ANTT, pois o Decreto nº 1.832/1996, ao regular o setor ferroviário, já fizera explícita opção por essa regra no art. 6º, assim como o fizeram todos os contratos de concessão firmados no processo de desestatização da RFFSA.

No ano de 2003, a ANTT realizou audiência pública no cerne do Programa de Integração e Adequação Operacional das Ferrovias, com o objetivo de propor nova resolução que disciplinasse o tráfego mútuo e o direito de passagem. Dessa audiência pública surgiu, então, a Resolução nº 433/04, que dispôs sobre o direito de passagem e o tráfego mútuo, mantendo a preferência por este. Essa resolução foi posteriormente revogada pela Resolução nº 3.695/2011, que, todavia, em nada inovou na regulação sobre o compartilhamento da infraestrutura, mantendo a preferência pelo modelo de tráfego mútuo em detrimento do direito de passagem.

#### 4.2. O modelo proposto na primeira etapa do PIL

O modelo de concessão apresentado na primeira etapa do PIL (2012) foi o de concessões, na forma de parcerias público-privadas (PPPs). Segundo a agência reguladora setorial, o objeto dos novos contratos de concessão abrangeria tão-somente as atividades de construção, operação, manutenção, monitoramento e gestão, não estando incluídas as atividades de condução e manutenção dos trens, que serão desenvolvidas pelo Operador Ferroviário Independente, novo instituto que será detalhado adiante. Todavia, não tardaram a surgir questionamentos, especialmente quanto ao fato de que “a empresa estatal Valec comprará anualmente toda a capacidade operacional da ferrovia e fará ofertas públicas da capacidade adquirida, garantindo-se o direito de passagem na circulação de trens ao longo de toda a malha”.<sup>18</sup> Seria PPP um modelo no qual a ênfase da contratação encontra-se na construção e manutenção de infraestrutura pública (as novas linhas férreas da malha) para o Estado, quando a própria gestão da capacidade de transporte não ficará a cargo da concessionária, mas da empresa estatal (a VALEC)?

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

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

**Figura 2** – Reforma do setor ferroviário brasileiro (primeira etapa do PIL)



Fonte: ANTT

<sup>18</sup> Disponível em: <http://www.logisticabrasil.gov.br/ferrovias2> Acesso em: 18.09.2014

Nesse cenário, a VALEC seria a gestora da capacidade da malha, funcionando como “*uma espécie de ‘mercado administrado’, em que provedores e usuários de infraestrutura ferroviária se ‘encontrem’*”. *Apenas que, ao invés de se encontrarem, as duas pontas desse mercado vão se relacionar com a Valec. Os fornecedores, vendendo-lhe toda a sua capacidade. Os usuários, comprando capacidade da Valec*” (PINHEIRO, 2014, p. 219).

Já a prestação de serviço de transporte ferroviário por Operadores Ferroviários Independentes (OFIs) foi a forma encontrada para implementar o objetivo de livre acesso às malhas ferroviárias. A previsão legal do OFI adveio da alteração do art. 13 da Lei nº 10.233/2001 promovida pela Lei nº 12.743/2012 (conversão da Medida Provisória nº 576/2012). A habilitação dos OFIs é via autorização, que poderá ser obtida junto à ANTT. Seu regulamento foi aprovado através da Resolução nº 4.348/2014. Segundo esse diploma, para obtenção da autorização os OFIs deverão atender a um conjunto de condições jurídicas, fiscais, econômico-financeiras e técnicas.

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

Sobre a questão tarifária, a Resolução esclarece que a tarifa de disponibilidade da capacidade ociosa – que consiste, de acordo com a Resolução do OFI, no “*valor a ser pago pela VALEC às concessionárias verticais em função da cessão do direito de uso da capacidade ociosa*” – será estabelecida por meio de livre negociação entre a VALEC e essas concessionárias.

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

A tarifa de fruição, “*valor a ser pago pelos OFI às concessionárias em função da utilização da Infraestrutura Ferroviária, calculada na forma dos Contratos Operacionais de Transporte e contratos de concessão*”, será cobrada pelas concessionárias em virtude do uso da infraestrutura ferroviária.

Por fim, a negociação entre o OFI e o usuário, pela prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas é livre.

O novo modelo de ferrovias que o governo apresentou para a primeira etapa do PIL ensejou algumas preocupações, a começar pela inicial ausência de marco legal que respaldasse as mudanças desejadas.<sup>19</sup> Tal situação levou à edição do Decreto nº 8.129/2013 – mantendo-se a tradição de regulamentação do setor via Decreto. Com a edição do referido Decreto, foi esclarecido que a VALEC estaria autorizada, no que concerne às novas concessões, a adquirir a totalidade da capacidade ferroviária, de modo a reduzir substancialmente o risco de demanda das concessionárias horizontais.

Todavia, o modelo faz surgir questionamentos de natureza fiscal/orçamentária em relação à compra da capacidade total das novas concessões, que seria realizada pela VALEC, visto que a estatal é dependente de aportes financeiros do Tesouro Nacional.<sup>20</sup> Outra questão reside em que, para o modelo previsto na primeira etapa do PIL, há a necessidade de a VALEC ter recursos líquidos disponíveis para honrar suas obrigações

---

<sup>19</sup> RITTNER, D.. Modelo de concessões de ferrovias não tem amparo legal, adverte TCU. *Jornal Valor Econômico*, 10 set. 2013. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/3264408/modelo-de-concessoes-de-ferrovias-nao-tem-amparo-legal-adverte-tcu> Acesso em: 04.11.2013.

<sup>20</sup> A lista das estatais dependentes dos aportes do Tesouro Nacional, ano-base 2013, está disponível em: [http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/estatistica/31\\_07\\_2013\\_Empresas\\_dependentes\\_do\\_Tesouro\\_Nacional.pdf](http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/estatistica/31_07_2013_Empresas_dependentes_do_Tesouro_Nacional.pdf) Acesso em: 23.06.2014.

contratuais ante aos concessionários. Assim, parte da remuneração estaria vinculada ao aporte de recursos pela União, via lei orçamentária anual. Sobre essa consideração, PINHEIRO (2014, p. 220) argumenta que “em qualquer ano esses recursos podem não ser disponibilizados, seja por não constarem no orçamento, por não terem sua execução autorizada pela Fazenda ou porque podem ser interrompidos por decisão, por exemplo, do TCU”.

Tal ponto se apresentava crucial para o sucesso do primeiro modelo apresentado e parece ter sido justamente o motivo pelo qual o governo federal parece ter retornado ao modelo verticalizado na apresentação da segunda etapa do Programa. Em março de 2015 foi noticiado que o programa de concessões ferroviárias, previsto na primeira etapa do PIL, havia esbarrado na equipe macroeconômica escolhida pela Presidente para operar o processo de ajuste fiscal.<sup>21</sup>

Há ainda as concessões realizadas nos anos 90 que, por ter previsão de investimento em suas malhas na segunda etapa do PIL, leva a crer que este seja um indicativo de que os contratos serão renovados. Ademais é preciso ressaltar que nesses contratos o tráfego mútuo é a regra. Se os termos do contrato se mantiverem quanto a este ponto, poderá haver dificuldades à compatibilização dos modelos. De fato, essa heterogeneidade pode dar origem a novos gargalos verificáveis nas operações de transporte que envolvam a passagem por malhas concedidas nos modelos vertical e horizontal, uma vez que ainda não se encontra esclarecido como será operada a passagem nas malhas verticalizadas. Conforme identificado pela CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE, a vigência simultânea de dois modelos poderá implicar em situação de insegurança institucional, visto que a duplicidade perdurará por pelo menos 15 anos. Dessa forma, a diversidade de regras poderá inibir os investimentos da iniciativa privada dificultando a correção de gargalos e exigindo maiores dispêndios por parte do governo federal (CNT, 2013, pp. 23 – 24).

#### 4.3. A segunda etapa do PIL: o retorno ao modelo dos anos 90?

A segunda rodada do PIL foi apresentada à sociedade brasileira em junho de 2015. Segundo informações disponibilizadas no site do Ministério do Planejamento, o governo federal “*poderá optar entre realizar os leilões por maior valor de outorga, menor tarifa ou compartilhamento de investimento. A escolha do modelo se dará de acordo com as características de cada ferrovia. Em todos os casos, haverá garantia de direito de passagem e tráfego mútuo*”.<sup>22</sup>

O investimento estimado atinge o montante de R\$86,4 bilhões. Prevê-se a construção de três trechos da ferrovia Norte-Sul: Palmas (TO) – Anápolis (GO), Barcarena (PA) – Açailândia (MA) e Anápolis (GO) – Estrela D’Oeste (SP) – Três Lagoas (MS); das linhas Lucas do Rio Verde (MT) – Miritituba (PA), Rio de Janeiro (RJ) – Vitória (ES) e a Ferrovia Bioceânica que interligará as regiões Centro-Oeste e Norte do país à costa do Peru, no Oceano Pacífico; além de investimento nas concessões existentes para ampliação da capacidade de tráfego, construção de novos pátios, duplicações, construção de novos ramais, redução de invasão de faixas de domínio, etc.

Assim como na primeira etapa, há até o momento baixa formalização dos documentos que compõem a segunda fase do PIL. Em apresentação de slides o governo federal dá a entender que pretende manter o modelo verticalizado, atualmente em vigor, pois um dos objetivos apresentados é o de “*aprimorar a concorrência no modelo de operador verticalizado*”.<sup>23</sup> Além disso, em momento algum a estatal VALEC é mencionada na apresentação realizada em junho de 2015, e há referência à garantia do tráfego mútuo. Como esse só é possível em malhas onde o serviço foi outorgado conjuntamente com a atividade de operação e manutenção da infraestrutura, conclui-se que as linhas previstas nessa segunda etapa do plano serão leiloadas na forma verticalmente integrada.

---

<sup>21</sup> CAMAROTTO, M.; PERES, L. Ajuste põe em risco concessões de ferrovias. *Jornal Valor Econômico*, 30, mar. 2014. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/3982266/ajuste-poe-em-risco-concessoes-de-ferrovias> Acesso em: 29.06.15

<sup>22</sup> Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/programa-de-investimento-em-logistica-pil/ferrovias> Acesso em: 29.06.15.

<sup>23</sup> Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/apresentacoes/pil/ferrovias-pil2015> Acesso em: 29.06.15.

Todavia, não é certo que o modelo de *unbundling* esteja superado. O governo não anunciou qualquer alteração de modelo em relação às linhas previstas na primeira etapa do PIL. Ademais, no sítio eletrônico da ANTT sobre a primeira etapa do PIL Ferrovias encontra-se a seguinte informação:

“Tendo em vista as diretrizes estabelecidas pelo Governo Federal, esta Agência Reguladora, no cumprimento de seu papel institucional, nos termos da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, propõe um modelo de outorga de forma a afastar o risco de demanda do concessionário na tentativa de ampliar a participação de capital privado em projetos de infraestrutura ferroviária. Em contrapartida, o modelo proposto elimina o risco de engenharia do Governo ao delegar a construção de ferrovias ao setor privado. O modelo proposto é inovador e, caso seja decidido por sua implementação, ensejará a adequação do marco regulatório do transporte ferroviário, especialmente no que se refere à separação das atividades de exploração de infraestrutura ferroviária e operação dos trens e suas implicações. O mapeamento das alterações será objeto de profundo estudo regulatório, quando da apresentação do plano de outorgas às instâncias competentes do Executivo e aos órgãos de controle externo”.<sup>24</sup>

Além disso, o Decreto que autoriza a estatal VALEC a comprar toda a capacidade da malha, garantindo a política de livre acesso ao subsistema ferroviário, continua em vigor, assim como o OFI está previsto em lei. Inclusive o trecho Açailândia (MA) – Barcarena (PA), relativo à 1ª fase, já conta com minuta de edital disponibilizada ao público, cujo objeto é a licitação da concessão do serviço público de exploração da Ferrovia, compreendendo a construção, operação, manutenção, monitoração e gestão, estando excluída a atividade de prestação de serviço de transporte ferroviário. Adota-se, portanto, uma modelagem desverticalizada.

## **5. ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A REGULAÇÃO NACIONAL A PARTIR DA EXPERIÊNCIA ALEMÃ**

Ao analisarmos o caso brasileiro à luz da experiência vivenciada pela Alemanha, a primeira característica que se destaca é o planejamento setorial realizado por aquele país. O processo de desenvolvimento das ferrovias e a alteração do modelo regulatório alemão (ainda não concluído, pois a *holding* DB continua tendo capital totalmente estatal) tem ocorrido mediante etapas de alterações que ocorrem de forma gradual, em discussões que já perduram mais de duas décadas.

Como visto, o sistema alemão como hoje se apresenta começou a ser delineado em 1989, quando houve a unificação das malhas leste e oeste. Desde então mudanças vêm ocorrendo paulatinamente. Ainda que a DB esteja, até o momento, sob o comando do capital estatal, a Alemanha efetivamente adotou a desverticalização setorial e há discussões sobre como será a privatização da estatal, se com ou sem a rede (infraestrutura). Manter a rede sob a custódia estatal pode permitir o zelo pela integridade e homogeneidade de forma direta, ao invés de fazê-lo via regulação/fiscalização. A esse respeito, cumpre destacar o cuidado que teve o governo alemão em preparar um estudo sobre as diferentes possíveis formas de privatização da estatal, apontando prós e contras, e disponibilizando-o para discussão. A Alemanha realizou as etapas de sua reforma setorial através de pacotes legislativos detalhados e reflexivos em relação ao futuro (por exemplo, foi colocado prazo para a alteração da natureza jurídica da DB para sociedade por ações).

Dessa forma, a experiência alemã nos aponta reflexões quanto aos meios que têm sido adotados para a implementação de mudanças do marco regulatório do setor ferroviário brasileiro. No Brasil, as principais alterações no setor foram realizadas mediante Decreto Presidencial, conforme são testemunhos o Decreto nº 1.832/1996 e o Decreto nº 8.129/2013. Decretos são atos monocráticos do chefe do Poder Executivo. Não são objeto de votação, contrariamente ao que ocorre com as leis votadas pelo Poder Legislativo, e geralmente não são precedidos de audiências ou consultas públicas. De fato, as alterações no modelo institucional ferroviário não foram discutidas de forma ampla com a sociedade, e não parecem ter sido objeto de análise de impacto regulatório.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Disponível em: [http://pilferrovias.antt.gov.br/index.php/content/view/2002/PIL\\_Primeira\\_Etapa.html](http://pilferrovias.antt.gov.br/index.php/content/view/2002/PIL_Primeira_Etapa.html)  
Acesso em: 29.06.15

<sup>25</sup> Auditoria realizada pelo TCU entre 22/07/2014 e 31/03/2015 (TC 019.059/2014-0) constatou que “*não há registro das principais decisões relativas ao PIL Ferrovias. Os fundamentos técnicos e discussões que*



No que tange ao marco regulatório setorial, a opção alemã pela desverticalização pode ser sintetizada da seguinte forma: (i) a operação e manutenção da infraestrutura são de responsabilidade da DB; (ii) a prestação de serviços de transporte ferroviário é realizada em regime de concorrência por operadores ferroviários; e (iii) a gestão da capacidade da rede é de responsabilidade do órgão regulador. Nesse modelo, a alocação dos horários e rotas na Alemanha é tarefa da Agência Federal de Redes, o que acaba por diminuir os riscos de discriminação em relação à repartição do acesso. Esse formato foi previsto pela Diretiva Europeia nº 19/1995, disciplinando que cada Estado-membro nomearia seu respectivo repartidor da capacidade da infraestrutura.

Ao contrapormos o modelo alemão de *unbundling* à tentativa brasileira de desverticalização do setor ferroviário, especialmente em relação ao papel que seria exercido pela VALEC, observa-se uma diferença significativa. Se o intuito era de alguma forma repetir a experiência daquele país, o caminho escolhido dele afastou-se dela em vários aspectos.

Veja-se, por exemplo, o papel que seria cumprido pela VALEC no modelo apresentado na primeira etapa do PIL. Se, por um lado, poderia ser assemelhado ao da DB Netz (subsidiária responsável pela infraestrutura ferroviária na Alemanha), há no caso uma diferença profunda, pois a empresa alemã detém a infraestrutura fisicamente, enquanto a VALEC a deteria apenas “virtualmente”, pois seria dona da capacidade apenas para fins de posterior leilão dessa capacidade. A função da VALEC também não se confundiria com a de um operador ferroviário, pois tal aquisição de capacidade não seria para uso próprio.

Caso se decida realmente pela desverticalização do setor, a depender dos moldes que a prática de *unbundling* ferroviário vier a adquirir no Brasil – pois não foi divulgado um detalhamento sobre como se daria a gestão da capacidade da malha pela VALEC – o papel da estatal assemelhar-se-ia àquele exercido pela Agência Federal de Redes na Alemanha. Além de ofertar a capacidade da rede, a estatal faria também sua gestão e repartição dos horários entre os usuários. Por outro lado, sendo uma sociedade de economia mista, a VALEC não tem sequer formalmente as salvaguardas jurídicas que conferem autonomia às agências reguladoras setoriais, tais como Diretoria Colegiada, mandatos fixos dos dirigentes com vedação à demissão imotivada, e mandato legal para exercício de típicas funções de Estado – muito ao contrário, ao menos teoricamente empresas estatais adquirem personalidade jurídica de direito privado e são vocacionadas a atividade empresariais e lucrativas. Dessa forma, é válido questionar se a gestão de capacidade das redes, em caso de opção setorial pela desverticalização entre infraestrutura e prestação de serviços de transporte ferroviário, não deveria ser atribuída à ANTT, sem a necessidade de ter a VALEC como intermediária.

À luz da experiência alemã, a regulação poderia instituir um sistema de preferência para a passagem, de acordo com a essencialidade do produto a ser transportado e a existência ou não de alternativas para o transporte, bem como tarifas diferenciadas, de acordo com a essencialidade do produto a ser transportado ou a região em que a operação é realizada.

Outra reflexão a ser colocada é sobre o real papel da VALEC. Se não há atratividade ao investimento privado na construção para ampliação da rede – sendo essa a justificativa para que a estatal tome o risco da demanda – não poderia a estatal brasileira, a exemplo da DB Netz, ser diretamente a detentora da rede? Nesse modelo, a estatal seria diretamente responsável pela estrutura das malhas, a licitação seria tão somente das obras, e não haveria a responsabilidade de compra da capacidade. Se o objetivo é diminuir quase que totalmente o risco da demanda, não seria mais eficiente assumi-lo diretamente?

Do ponto de vista normativo, parece ser recomendável a edição de uma lei geral para o setor que, após amplo debate com os *stakeholders*, informe com clareza os princípios fundamentais que regerão o setor, informando acerca das características gerais das participações estatal e privada, bem como garantindo livre e justa competição entre os agentes, com respeito aos contratos firmados e promovendo segurança jurídica.

---

*subsidiaram algum dos processos decisórios mais relevantes do Programa não foram explicitados em registros, estudos técnicos, pareceres, atas de reuniões ou quaisquer outros instrumentos formais”. Verificou, também, a “ausência de estudos técnicos formais que verifiquem as alternativas possíveis para os problemas regulatórios das concessões ferroviárias, que avaliem os riscos do modelo proposto e que confrontem os benefícios a serem gerados pelo novo modelo com os custos e subsídios necessários ao longo do período de concessão”.*

Fato é que a situação pela qual passa o setor atualmente enseja preocupação pela falta de clareza no modo que seriam operadas as decisões que foram tomadas (especialmente, como seria implementada a desverticalização do setor), ausência de formalidade no processo que levou às decisões regulatórias acima narradas, e pouca clareza nas atribuições a serem desempenhadas pelos agentes estatais envolvidos (MT, ANTT, EPL, VALEC). Auditoria do TCU constatou que a primeira etapa do PIL foi caracterizada por uma baixa formalização do processo decisório, sem que fossem registradas eventuais estudos, discussões técnicas e análises de impacto regulatório que justificassem as decisões que foram adotadas no âmbito do programa. Possivelmente não seja uma surpresa que a 1ª etapa do PIL não tenha conseguido ser concretizada em cerca de três anos desde o seu lançamento, não tendo sido licitado qualquer dos novos trechos anunciados em 2012.<sup>26</sup>

## 6. CONCLUSÃO

Atualmente, teoria e prática convergem no entendimento de que o setor ferroviário não constitui monopólio natural em sua integralidade. Em verdade, o monopólio é verificado tão somente na operação e manutenção da infraestrutura, comportando concorrência na prestação do serviço. Normativamente, tal reforma estrutural é possível via arranjos de *unbundling* no setor.

O processo de liberalização vivenciado pela Alemanha teve início no começo da década de 90. A legislação comunitária impôs a desverticalização para as ferrovias, mas o processo de implementação é interno, visto que as Diretivas europeias apenas impõem obrigações, sem determinar os meios. O caminho adotado na Alemanha foi a criação de uma *holding* – distribuindo atividades entre as diferentes subsidiárias da Deutsche Bahn. Dessa forma, a DB continuou sendo a operadora e mantenedora da infraestrutura, mas a legislação interna cuidou de garantir o direito de acesso aos operadores ferroviários que, de acordo com dados da UE, na Alemanha superaram a casa dos 300 operadores registrados. O processo de liberalização vem ocorrendo paulatinamente, orientado por um conjunto de diplomas legais, sendo um indicativo de debate democrático e segurança jurídica sobre o processo de reforma do setor ferroviário.

Atualmente, o debate alemão pauta-se na possível abertura de capital da estatal. Discute-se se essa abertura contemplará, ou não, a rede ferroviária. A DB tem subsidiárias que cuidam exclusivamente da rede física. Essa é uma discussão bastante importante, pois está se decidindo, afinal, como será garantida a homogeneidade e a integridade da malha ferroviária, ou seja, como serão mantidos os efeitos de externalidade de rede. Nesse sentido, é aceitável que a rede permaneça sob o comando de uma única pessoa podendo, inclusive, ser o próprio Estado. Nesse último caso pode haver redução de custos, por exemplo, em relação à atividade fiscalizatória.

Sobre o sistema brasileiro, atualmente a regulação nacional e os contratos de concessão primam pelo tráfego mútuo como regra e o direito de passagem de forma subsidiária. Alterações legislativas foram realizadas em direção a uma maior liberalização do setor: a partir de 2012 passou-se a prever a desverticalização entre infraestrutura e prestação dos serviços, mediante autorização para que a VALEC compre a total capacidade das novas concessões, tendo-se criado a figura do OFI, cuja atividade é permitida por meio de autorização.

Ao contrapor o histórico brasileiro à experiência alemã, observa-se um grande distanciamento no que se refere ao planejamento setorial de longo prazo. O processo de desenvolvimento das ferrovias e a alteração do marco regulatório alemão, ainda não concluído, foi objeto de etapas previamente planejadas, ocorrendo de forma gradual e constante.

A forma empregada na Alemanha para repartição da capacidade da malha é também diferente da prevista para o Brasil. A alocação dos horários e rotas, naquele país, é de responsabilidade da Agência Federal de Redes. Esse formato foi previsto pela Diretiva Europeia nº 19/1995, que conferiu a cada Estado-membro a responsabilidade de nomear seus respectivos repartidores da capacidade operacional das malhas ferroviárias. De acordo com a diretiva, o repartidor garantirá a repartição isonômica dessa capacidade. Questiona-se se no modelo brasileiro tal atividade não se adequaria melhor às atividades da ANTT.

Por fim, é desejável que a regulação ferroviária brasileira conte com um plano setorial claramente estruturado e prospectivo, considerando diversos fatores que afetam o transporte ferroviário de cargas e a necessidade de

---

<sup>26</sup> Conforme constatou a Auditoria do TCU (TC 019.059/2014-0), com relação aos trechos lançados na primeira etapa do PIL Ferrovias, “até março de 2015, nenhuma licitação foi realizada”.

conjugar objetivos de curto, médio e longo prazos, com segurança jurídica. Nesse sentido, sugere-se a edição de norma geral que consolide o marco regulatório, a qual deverá ser precedida de análise de impacto regulatório e ampla discussão com os diversos segmentos potencialmente afetados pela regulação.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Arne; BENTE, Heiner; SCHILLING, Martin. Railway efficiency – an overview and a look at opportunities for improvement, *International Transport Forum – OECD*, Discussion Paper n. 2013 – 12, may, 2013. Disponível em: <http://www.internationaltransportforum.org/jtrc/DiscussionPapers/DP201312.pdf>  
Acesso em: 03.07.2015

BRAGA, José Carlos de S.; AGUNE, Antonio C. *Os Transportes na Política Econômica: Brasil – 1956/1979*. São Paulo: FUNDAP/CLACSO, 1979

BOUF, Dominique; LÉVÊQUE, Julien. Yardstick competition for transport infrastructure services. In: *ECMT. Transport Services: The Limits of (De)Regulation, Round Table 129*. Paris: ECMT, 2006. pp. 63-108. (OECD Publications) Disponível em: [http://hal.inria.fr/docs/00/09/26/71/PDF/ECMT\\_bouf\\_levèque.pdf](http://hal.inria.fr/docs/00/09/26/71/PDF/ECMT_bouf_levèque.pdf) p. 3 Acesso em: 08.10.2013

BUNDESMINISTERIUM FÜR VERKEHR, BAU UND STADTENTWICKLUNG; BUNDESMINISTERIUM DER FINANZEN. Privatisierungsvarianten der Deutschen Bahn AG “mit und ohne Netz”, Janeiro de 2006, parcialmente alterado em Março de 2006. Disponível em: [http://privatisierungstoppen.deinebahn.de/download/PRIMON\\_Langfassung\\_060301.pdf](http://privatisierungstoppen.deinebahn.de/download/PRIMON_Langfassung_060301.pdf) Acesso em: 30.04.2015

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

COMISSÃO EUROPEIA. Report from the Commission to the Council and the European Parliament: second report on monitoring development of the rail market. Bruxelas, 2012. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0676:FIN:EN:PDF> Acesso em: 30.04.15

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE. Transporte e economia: o sistema ferroviário brasileiro. Brasília, 2013. Disponível em: [http://www.cnt.org.br/Imagens%20CNT/PDFs%20CNT/Transporte\\_e\\_economia\\_-\\_o\\_sistema\\_ferrovuario\\_brasileiro\\_.pdf](http://www.cnt.org.br/Imagens%20CNT/PDFs%20CNT/Transporte_e_economia_-_o_sistema_ferrovuario_brasileiro_.pdf) Acesso em: 12.10.2013

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

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

HAFNER, Philipp. *Enflechtung und Wettbewerb im Eisenbahnwesen: Europarechtliche Vorgaben, nationale Umsetzung, tatsächliche Situation*. Hamburg: Dr. Kovač, 2011.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Resolução nº 01, de 15 de janeiro de 2013, DOU nº 16 de 23/01/2013.

MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES – MT. *Plano Nacional de Logística e Transportes: Sumário executivo*. Brasília, 2011.

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

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

PAVLYUK, Dmitry. An efficiency analysis of European countries’ railways. *Proceedings of the 8th International Conference Reliability and Statistics in Transportation and Communication*, Oct./2008. pp. 229-236. (MPRA Paper No. 20922, posted 25. February 2010) Disponível em: <http://mpra.ub.uni-muenchen.de/20922/> Acesso em: 26.09.2013.

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

SCHIMITT, Thomas; STAEBE, Erik. *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht*. Munique: Beck, 2010.

STAMM, Sina. *Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung: zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit und zum Prozess der Privatisierung der Deutschen Bahn AG*. Berlin: Drucker & Humblot, 2009.

STATISTA – Statistics Portal, 20 countries with the highest rail network density (as of 2009), 2015. Disponível em: <http://www.statista.com/statistics/268159/20-countries-with-the-highest-rail-network-density/>  
Acesso em: 30.04.15