

Larissa Silva Gomes

**A REGULAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO DE TRANSPORTE
FERROVIÁRIO DE CARGAS POR INDICADORES DE DESEMPENHO**

Brasília – DF

Abril/2019

**A REGULAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO DE TRANSPORTE
FERROVIÁRIO DE CARGAS POR INDICADORES DE DESEMPENHO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como parte dos requisitos para a conclusão da
pós-graduação em Governança e Controle da
Regulação em Infraestrutura ENAP/TCU.

Orientadora: Natália Resende Andrade

Brasília – DF

Abril/2019

RESUMO

A regulação por indicadores de desempenho é um elemento relevante para a melhoria da qualidade da regulação. Considerando o enquadramento jurídico do transporte ferroviário de cargas como serviço público, pretende-se debater, à luz do arcabouço constitucional e infraconstitucional, o panorama histórico da regulação do setor, as atividades materiais que compõem o serviço (exploração da infraestrutura e operação ferroviária) e a regulação vigente por meio das metas de produção e segurança, visando refletir sobre eventuais pontos de melhoria. Para isso, abordam-se os elementos que fundamentam a criação um sistema de indicadores de desempenho do serviço, a partir dos requisitos de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas, previstos na Lei de Concessões, refletindo como a melhoria da regulação do serviço pode contribuir com o setor ferroviário.

Palavras-chave: Serviço adequado; Serviço Público de Transporte Ferroviário; Regulação por indicadores de desempenho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	2
1. CONTEXTUALIZAÇÃO: REGULAÇÃO DO TRANSPORTE FERROVIÁRIO DE CARGAS NO BRASIL	7
1.1 A desestatização da RFFSA e os contratos de concessão da década de 1990	7
1.2 A criação da ANTT e a regulação do setor ferroviário.....	9
1.3 Desverticalização e prorrogação antecipada dos contratos de concessão de ferrovias	11
2. REFERENCIAL TEÓRICO	15
2.1 Serviço público na ordem econômica da CF/1988 e na teoria administrativista.....	15
2.2 Serviço público de transporte ferroviário de cargas: exploração de infraestrutura e operação ferroviária.....	18
2.3 A insubsistência das metas de produção e segurança como indicador de serviço adequado	23
2.4 Metas de produção e segurança como indicador de serviço adequado na Lei nº 13.448/2017.....	29
3. METODOLOGIA	32
4. RESULTADOS E DISCUSSÕES: REGULAÇÃO POR INDICADORES DE DESEMPENHO	33
4.1 Regulação por indicadores de desempenho e qualidade da regulação em setores de infraestrutura	33
4.2 Projeto da ANTT para a regulação do serviço adequado e os desafios no endereçamento do tema	36
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende abordar os aspectos jurídicos e regulatórios que envolvem a proposição de um sistema de indicadores de desempenho do serviço público de transporte ferroviário de cargas pela Agência Reguladora competente. Para isso, pretende-se, preliminarmente, debater: o enquadramento jurídico do transporte ferroviário, traduzido como o histórico de sua regulação, o marco jurídico constitucional e infraconstitucional, seu regime jurídico e a caracterização das atividades prestacionais; a partir da caracterização do instituto, buscar-se-á analisar criticamente o panorama da regulação do serviço e debater sua melhoria por meio da proposição de indicadores de desempenho do serviço adequado.

O transporte ferroviário, é definido pela Constituição Federal de 1988 (CF/1988) no art. 21, XII, “d”, como um “serviço”, de competência da União, cabendo a esta explorá-lo direta ou indiretamente, mediante autorização, concessão ou permissão.

Na história brasileira, o transporte ferroviário passou por períodos de maior ou menor presença estatal, desde a prestação direta por entes privados (do Segundo Império até os anos 1950), à completa estatização (exploração por empresa pública), até os dias atuais, a partir da década de 1990, na modalidade de outorga de concessão de serviço público. Considerando referidas mudanças, é importante, à luz da interpretação constitucional e dos aspectos técnicos, analisar o enquadramento jurídico do transporte ferroviário e as respectivas consequências regulatórias.

Além das alterações históricas no regramento jurídico, as atividades materiais inerentes ao transporte ferroviário são complexas e se desdobram em gestão da infraestrutura (prestação das condições necessárias para o deslocamento dos veículos ferroviários) e a operação ferroviária (transporte propriamente dito ou deslocamento de cargas e pessoas).

A partir da interpretação constitucional, o transporte ferroviário pode ser considerado serviço público em sentido formal e, conseqüentemente, aplica-se o regime jurídico previsto no art. 175, parágrafo único, inciso IV, CF/1988 que impõe o dever de prestação adequada e o art. 37, § 3º, inciso I, que cuida do controle social e qualidade dos serviços públicos. Além disso, por terem sido outorgados como concessões simples, invocam-se as regras gerais da Lei n.º 8978, de 13 de fevereiro de 1995, Lei de

Concessões e Permissões, art. 6º, § 1º, quais sejam, serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Em sede infraconstitucional, além da Lei supra, o transporte ferroviário é disciplinado pelo Decreto nº 1832, de 04 de março de 1996, denominado Regulamento dos Transportes Ferroviários – RTF. Esse normativo foi editado com vistas a conferir suporte legal para o processo de desestatização da Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima – RFFSA, a partir da segunda metade dos anos de 1990, e ainda representa a principal fonte normativa legal para a regulação do setor ferroviário.

A desestatização do setor ferroviário, com a segregação regional da RFFSA, realizada na década de 1990, culminou com a celebração dos seguintes contratos de concessão: Ferrovia Novoeste S.A (1996), Ferrovia Centro-Atlântica S.A– FCA (1996), MRS Logística S.A (1996), Ferrovia Tereza Cristina – FTC (1997), Companhia Ferroviária do Nordeste (1998) e Concessionária Ferrovia Sul-Atlântico (1997)¹.

Nesses contratos, existe a obrigação geral das concessionárias de prestar serviço adequado², considerando como critérios de aferição a observância de metas de produção e segurança. A vigente disciplina das metas, contudo, não abrange todos requisitos gerais de prestação do serviço adequado previstos na Lei n.º 8987/95. Além disso, as metas estabelecidas entre Agência Reguladora e concessionárias contribuem para avaliação de desempenho apenas da operação ferroviária (indicador de quantidade de transporte e de quantidade de acidentes), não abrangendo a disciplina da exploração da infraestrutura. Portanto, fica claro que os parâmetros vigentes de aferição do serviço adequado são limitados e não abrangem todos os princípios legais.

1 Após novas outorgas e alterações societárias ocorridas nos últimos anos, atualmente existem 14 (quatorze) concessões ferroviárias, quais sejam: Estrada de Ferro Paraná Oeste S.A, Ferrovia Centro Atlântica S.A, Ferrovia Norte Sul, Ferrovias de Integração Oeste-Leste, ambas são concessões normativas à Valec para construção, uso e gozo), Ferrovia Tereza Cristina, Ferrovia Transnordestina Logística - FTL S.A, Transnordestina Logística S.A (decorrente da divisão da concessão da FTL), MRS Logística, Rumo Malhas Norte, Oeste, Paulista e Sul, Estrada de Ferro Carajás, Estrada de Ferro Vitória Minas. Informações disponíveis em: <http://www.antt.gov.br/ferrovias/index.html>

2 A título de exemplo, o Contrato de Concessão da MRS Logística S.A, Cláusula Nona, item 9.1, VIII, apresenta a seguinte redação: “Prestar serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, sem qualquer tipo de discriminação e sem incorrer em abuso de poder econômico, atendendo às condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

No que se refere à regulação de serviço adequado em setores de infraestrutura, verifica-se uma tendência, tanto no cenário nacional quanto no internacional, de se adotar indicadores de desempenho para fins de aferição quantitativa dos requisitos legais. Essa forma de regulação permite maior clareza, objetividade e padronização na aferição do serviço, corroborando a melhoria da regulação. Nesse sentido, OLIVEIRA (2015), ressalta que a utilização de indicadores é uma tendência da governança contemporânea, especialmente pela necessidade de redução da complexidade e incerteza inerentes à pós-modernidade.

No setor ferroviário, o debate sobre a aferição do serviço adequado ganha maior relevância no cenário de prorrogação antecipada dos contratos de concessão celebrados na década de 1990, que vem sendo debatida para assegurar a realização de investimentos no setor e modernização dos instrumentos contratuais. Importante destacar que, na política pública de prorrogação dos contratos, a prestação adequada do serviço pelo concessionário é um dos requisitos para o seguimento da prorrogação contratual.

Visando conferir segurança jurídica a essa política pública, foi editada a Lei nº 13448, de 05 de junho de 2017, na qual foi estabelecido como critério de aferição da prestação de serviço adequado para as concessões ferroviárias, para fins de prorrogação contratual, o cumprimento, no período antecedente de 5 (cinco) anos, contado da data da proposta de antecipação da prorrogação, das metas de produção e de segurança definidas no contrato por 3 (três) anos, ou das metas de segurança definidas no contrato por 4 (quatro) anos³. Digno de nota que o critério selecionado pelo legislador para fins de prorrogação dos contratos de concessão pautou-se nos indicadores vigentes, quais sejam, metas de produção e segurança.

Vale ressaltar que o setor ferroviário, sob a ótica da regulação econômica, é considerado um monopólio natural, estruturado como indústria de rede e caracterizado pela significativa verticalização das concessionárias. Dessa forma, fica mitigada a possibilidade de concorrência entre os operadores, o que torna ainda mais relevante a regulação da adequada prestação do serviço, visando prevenir o abuso do poder

³ Art. 6º, § 2º, II, da Lei nº 13448/2017: A prorrogação antecipada ocorrerá por meio da inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente, observado o disposto no art. 3º desta Lei. A prorrogação antecipada estará, ainda, condicionada ao atendimento das seguintes exigências por parte do contratado: quanto à concessão ferroviária, a prestação de serviço adequado, entendendo-se como tal o cumprimento, no período antecedente de 5 (cinco) anos, contado da data da proposta de antecipação da prorrogação, das metas de produção e de segurança definidas no contrato, por 3 (três) anos, ou das metas de segurança definidas no contrato, por 4 (quatro) anos.

econômico. Verifica-se, portanto, que o debate sobre a regulação do serviço adequado de transporte ferroviário, por meio da proposição de indicadores, é relevante para a segurança jurídica do setor, com impactos sistêmicos na qualidade da regulação.

Ressalte-se que este trabalho foca a regulação do serviço público de transporte ferroviário de cargas em virtude do predomínio da participação das cargas na matriz ferroviária do Brasil e pela necessidade de adequação do objeto de pesquisa ao enfoque do programa acadêmico (regulação de infraestrutura), além das peculiaridades regulatórias existentes no transporte de cargas e passageiros.

Dessa forma, considerando o cenário exposto, o objetivo geral do trabalho é debater a evolução da regulação do serviço público de transporte ferroviário de cargas, no sentido de propor uma regulação do serviço adequado por meio de indicadores de desempenho. Para isso, é importante a caracterização do serviço público de transporte ferroviário, abordando o regime jurídico e as atividades que o compõem, a partir de uma segmentação em exploração da infraestrutura e a operação ferroviária.

Como objetivo específico, é importante avaliar a vigente regulação do serviço de transporte ferroviário, por meio das metas de produção e segurança, no que se refere à efetividade, ou seja, obtenção dos resultados necessários. Para isso, pretende-se aprofundar a análise do arcabouço jurídico, suas eventuais limitações e fragilidades e pontos de melhoria.

Metodologicamente, o presente trabalho se apoia em pesquisa qualitativa, a partir da revisão de literatura do histórico da regulação do setor ferroviário, do arcabouço jurídico geral e constitucional dos serviços públicos, do marco regulatório específico do transporte ferroviário e da regulação do serviço adequado. A partir da revisão de literatura e da exposição do problema, busca-se avaliar a regulação por indicadores de desempenho como solução propositiva, inclusive, com exemplos de como se dá a regulação por indicadores de desempenho nos setores de infraestrutura rodoviária, aeroportuária e portuária no Brasil.

Nesse contexto, para o alcance dos objetivos elencados, o trabalho em tela dividir-se-á em quatro capítulos com os seguintes temas: o primeiro apresenta uma contextualização, com o histórico recente da regulação do transporte ferroviário no Brasil; o segundo expõe o referencial teórico, com o enquadramento jurídico do serviço público de transporte ferroviário de cargas e o panorama da regulação do serviço, focando nos indicadores vigentes, metas de produção e segurança; o terceiro traz a metodologia do presente trabalho, conforme brevemente explicitado acima; e o quarto capítulo analisa, no âmbito das discussões, considerando o referencial teórico apresentado, o desenvolvimento de uma regulação por indicadores de serviço adequado para o transporte ferroviário.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO: REGULAÇÃO DO TRANSPORTE FERROVIÁRIO DE CARGAS NO BRASIL

1.1 A desestatização da RFFSA e os contratos de concessão da década de 1990

A partir de 1980, o Estado brasileiro iniciou um ciclo de desestatização de serviços públicos, decorrente do esgotamento do modelo de atuação direta na atividade empresarial, orientando-se para um modelo de Estado Regulador, conforme preconizado no texto constitucional de 1988. As crises econômicas vividas pelo Brasil a partir dos últimos anos da década de 1970 e nos anos 1980, após os períodos de elevado crescimento econômico experimentados nos governos militares, evidenciaram a necessidade de menor presença estatal nas atividades empresariais.

Nesse contexto, a RFFSA encontrava-se em dificuldades financeiras, com elevado endividamento e impossibilitada de realizar investimentos na malha ferroviária. A estatal estava deficitária, com despesas elevadas de manutenção de pessoal; os custos de manutenção das atividades eram superiores às receitas, passando a depender de aportes públicos. Esse momento histórico é assim abordado por DAYCHOUM (2017):

O motivo pelo qual se optou pela desestatização das ferrovias brasileiras foi a crise pela qual passava o setor e a incapacidade de o Estado realizar os investimentos necessários. As ferrovias estatais apresentavam problemas institucionais, econômico-financeiros, técnico-operacionais e administrativos, situação que se intensificou na década de 1980, em virtude da crise vivenciada pelo Estado brasileiro. (pág. 174)

DURÇO (2011) também analisa referido contexto:

Quando o modelo de concessão das ferrovias foi elaborado, a principal premissa que orientou a celebração dos contratos de concessão foi a necessidade de reduzir as despesas do Estado brasileiro, por meio da transferência, à iniciativa privada, das atividades indevidamente exploradas pelo setor público.

A desestatização do setor ferroviário foi modelada de forma apressada, como reflexo da gravidade da crise econômica do Estado brasileiro e da tentativa do presidente Fernando Henrique Cardoso de reorganizar as contas públicas por meio da redução da participação do Estado na economia.

Em 1992, a RFFSA foi incluída no Plano Nacional de Desestatização – PND, por meio do Decreto nº 473, de 10 de março de 1992, tendo sido segmentada, pelo critério geográfico, em malhas ferroviárias outorgadas à iniciativa privada por meio de contratos

de concessão celebrados entre 1996 e 1998, com base na recém-criada Lei de Concessões e Permissões, Lei nº 8987/1995.

Visando dar suporte legal à desestatização do setor ferroviário, foi editado o Decreto n.º 1.832/1996, principal normativo específico do tema. Vale ressaltar que o RTF não regulamentava um diploma legal específico, retirando sua validade jurídica diretamente do art. 84, V, da CF/1988. Trata, contudo, de uma impropriedade jurídica, já que a disciplina do transporte ferroviário não se enquadra dentre hipóteses de atuação regulamentar do Presidente da República, podendo haver decreto autônomo apenas nos casos de organização e funcionamento da administração federal e extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos. A insegurança jurídica relacionada à edição do RTF é ressaltada por FELIX (2016), na seguinte passagem:

O que se tem, a rigor, não é nem mesmo um caso de inconstitucionalidade reflexa ou indireta, em que o decreto viola a lei e, por tabela, a CF. Não. O caso é de inconstitucionalidade direta, uma vez que o Decreto citado viola a reserva legal instituída pelo citado art. 175, além de ter sido editado sem as bases permitidas pelo inciso IV do art. 84 da CF.

Como se percebe, o Decreto nº 1.832, de 1996, inovou o ordenamento jurídico, estabeleceu obrigação de fazer, regulou matéria ainda não regulada legalmente, impôs obrigações, estabeleceu direitos. Aliás, faz-se oportuno frisar que a legislação que estrutura o transporte terrestre somente veio a ser editada em 2001, por meio da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001.

Dessa forma, estão presentes elementos jurídicos que corroboram a inconstitucionalidade formal do RTF, ou seja, a de inobservância dos requisitos constitucionais de elaboração da norma. Contudo, passados mais de 23 anos da publicação, não foi arguida sua inconstitucionalidade pelos legitimados. Há que se ressaltar, nesse contexto, que a ausência de uma lei específica para disciplinar o serviço pode ter contribuído com a insegurança jurídica e regulatória do setor.

A desestatização do setor ferroviário é também caracterizada como uma tentativa do Poder Concedente de conferir atratividade a um negócio deficitário, com instrumentos mitigados de acompanhamento da prestação do serviço. Nos primeiros anos de execução, os contratos de concessão ferroviários foram objeto de acompanhamento pela Administração Direta, com destaque para a atuação da Comissão Federal de Transportes Ferroviários - COFER, órgão colegiado, instituído pelo Decreto nº 1945, de 28 de junho de 1996 e, vinculado ao então denominado Ministério dos Transportes.

1.2 A criação da ANTT e a regulação do setor ferroviário

Em 2001, foi criada a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, autarquia em regime especial com competência para a regulação do setor, nos termos da Lei n.º 10233, de 2001. A criação da ANTT está inserida em um movimento de fortalecimento da regulação por meio da criação de Agências Reguladoras setoriais, ocorrido no Brasil entre meados dos anos de 1990 a 2000.

A criação das Agências Reguladoras no cenário jurídico-administrativo brasileiro guarda relação com a Reforma Gerencial acentuada nos últimos anos da década de 1990 e seus objetivos são sintetizados por OLIVEIRA (2015): “Pretendia -se, destarte, remodelar a feição do Estado, reduzindo seu tamanho com a transferência de inúmeras atividades ao mercado, mas sem que isso significasse um retorno ao modelo clássico do Estado liberal, pois agora o Estado passaria a exercer seu papel regulador pelas agências”.

O campo precípua de atuação das Agências Reguladoras brasileiras, criadas nesse contexto histórico, foi a regulação de serviços públicos (telecomunicações, energia elétrica, transporte rodoviário) e atividades econômicas (petróleo). Tratam-se de nichos de atuação conformados constitucionalmente como de elevado interesse público, mas cuja prestação material foi transferida ao agente privado em busca da redução do tamanho do Estado e da maior eficiência na prestação. Portanto, a atuação do regulador ocorre em um ambiente paradoxal de convergência de interesses públicos e privados significativos, cuja complexidade é sintetizada por OLIVEIRA (2015):

Os serviços de interesse econômico geral têm gerado debate na doutrina europeia, especialmente quanto às tentativas de caracterizá-los ora como serviços públicos, ora como *public utilities*. Por um lado, esses serviços não são titularizados, ao menos com exclusividade, pelo Estado (princípio da concorrência e do livre acesso). Por outro lado, tais serviços submetem-se a forte interferência estatal, em razão da presença do interesse público.

Do cotejo histórico, verifica-se, portanto, que a ANTT foi preconizada pelo legislador para a regulação de importantes serviços públicos que estavam sendo transferidos para a prestação direta pelo setor privado, com destaque para o transporte rodoviário e ferroviário.

Segundo a Lei nº 10233/2001, é objetivo da ANTT regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a garantir

a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas, nos termos do art. 20, inciso II, “a”.

Na década posterior à criação da ANTT, verificou-se a consolidação do marco regulatório do setor ferroviário, com destaque para as Resoluções nº 3694, 3695 e 3696, todas de 14 de julho de 2011, que focam na regulação do serviço. A primeira norma cuida do regulamento dos usuários do serviço, a segunda das operações de compartilhamento, tráfego mútuo e direito de passagem entre concessionárias e a última aborda as metas de produção e segurança para a aferição do desempenho do serviço.

O Regulamento dos Usuários dos Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas, aprovado pela Resolução ANTT nº. 3694/2011, apresenta conceitos relevantes sobre o serviço e introduz diretrizes para o cumprimento do dever de adequada prestação. Contudo, fica claro que os requisitos previstos na norma são cláusulas abertas, não acompanhadas de parâmetros ou especificações técnicas o que, conforme se debaterá adiante, tende a mitigar sua efetividade.

O Regulamento das Operações de Direito de Passagem e Tráfego Mútuo do Subsistema Ferroviário Federal, aprovado pela Resolução ANTT nº 3695/2011, disciplina os procedimentos relativos ao compartilhamento da infraestrutura e dos recursos operacionais, ou seja, dispõe sobre a forma como uma concessionária pode acessar a malha da outra, o que permite a integração da rede e a maior concorrência intramodal (aquela que ocorre entre as concessionárias de ferrovias; intermodal é a que se dá com outros modos de transporte, exemplo, o rodoviário).

Em resumo, na operação de direito de passagem, a concessionária visitante utiliza a via permanente e o licenciamento da concessionária visitada e, no tráfego mútuo, a concessionária visitante recebe mais funcionalidades da concessionária visitada, quais sejam, via permanente e os recursos operacionais (material rodante, pessoal, etc.). Contudo, cabe destacar que a norma limita a possibilidade de a visitante iniciar e encerrar a prestação do serviço na infraestrutura na via visitada, do que se conclui que o recebimento ou a entrega final da carga deve ocorrer em sua própria malha (art. 3º).

A operação de compartilhamento é regida por um contrato típico, denominado Contrato Operacional Específico - COE (disciplinado nos arts. 6º e 7º), que se difere de um contrato de transporte padrão ante a previsão de uma demanda firme, ou

*take or pay*⁴. Outro dispositivo relevante é a de que as operações de compartilhamento devem observar o limite de capacidade ociosa no trecho ferroviário (art. 8º). No que se refere à contrapartida financeira da operação, a norma prevê que as tarifas de direito de passagem ou tráfego mútuo serão estabelecidas por meio de negociação entre as partes, respeitados os parâmetros estabelecidos no art. 12 (baseado no custo operacional e na remuneração de capital).

Por fim, o Regulamento para Pactuar as Metas estabelece os requisitos do processo de definição de metas de produção por trecho e de segurança, o ajuste das metas e a apuração do cumprimento. Ressalte-se que a Resolução ANTT nº 3696/2011, que disciplinava o assunto, foi recentemente revogada pela Agência Reguladora, sendo substituída pela Resolução ANTT nº 5831, de 26 de outubro de 2018. Conforme se debaterá no Capítulo 3, apesar dos melhoramentos inseridos pela nova norma, o Regulamento de Metas não abrange todos requisitos relativos à prestação do serviço adequado previstos no art. 6º, § 1º, da Lei n.º 8987/1995.

1.3 Desverticalização e prorrogação antecipada dos contratos de concessão de ferrovias

Após a regulamentação básica lançada pela ANTT em 2011, o marco jurídico do transporte ferroviário foi objeto de novas alterações após 2013. Dessa vez, por iniciativa do Poder Executivo, nos termos do Decreto n.º 8129, de 23 de outubro de 2013, foi implementada a política de livre acesso à infraestrutura ferroviária, no âmbito do Programa de Investimentos em Logística – PIL, do governo federal.

A política denominada *open access* visava expandir a capacidade do transporte ferroviário de cargas, viabilizar a competição no setor e ampliar a oferta de serviço para uma maior participação da ferrovia na estrutura logística do país. Referida política preconizava a “desverticalização” do transporte ferroviário, com a segregação vertical da rede ou *vertical unbundling*, permitindo, em tese, outorgas distintas para a exploração da infraestrutura (concessão) e a operação em si (autorização).

⁴ A cláusula de demanda firme ou *take or pay* (leve ou pague) é um dispositivo contratual, muito utilizado no setor ferroviário e em contratos de longo prazo, em que o usuário do transporte se obriga a pagar ao transportador, independentemente de haver a entrega dos quantitativos inicialmente previstos da carga.

Seriam introduzidas concessões cujo objeto seria a exploração da infraestrutura, denominadas na literatura como “concessões horizontais”, que iriam coexistir com os contratos vigentes, caracterizados pela outorga de “concessões verticais”, em que a empresa detém o direito de exploração da infraestrutura e a prestação das atividades de gestão e operação da via. O entendimento era de que as reformas regulatórias promovidas pela ANTT em 2011 não eram suficientes para mitigar a acentuada verticalização do setor e aumentar a oferta de serviço. Essa visão também está encartada por ARAGÃO (2017) na passagem a seguir:

A reforma busca romper com o modelo de concessões adotado durante o processo de desestatização da malha ferroviária, iniciado no início da década de 1990, com a inclusão da Rede Ferroviária Federal - RFFSA no Programa Nacional de Desestatização, por alguns considerado excessivamente concentrado e verticalizado. Tal entendimento decorre do fato de que o desenho institucional das outorgas permitiu que o particular responsável pela construção e manutenção da infraestrutura ferroviária fosse o mesmo a quem era conferido, com exclusividade, o direito de operação do trecho. Por essa razão, autores como Leonardo Ribeiro chamam atenção para o fato de que “esse sistema – e a aplicação que dele se fez –, se de um lado conseguiu transferir ônus do investimento para iniciativa privada, de outro lado, incentivou o monopólio e a restrição do uso das ferrovias”, trazendo obstáculos “que concorreram para a não expansão adequada da malha ferroviária nacional, culminando na defasagem atualmente experimentada” Mesmo com a criação da ANTT, em 2001, e com a regulação que a agência passou a exercer sobre o setor, não se logrou adequar o modelo de maneira a garantir aprimoramento substancial das condições de prestação do serviço ou mesmo a impedir significativo encolhimento da malha e dos serviços oferecidos (Edição do Kindle, Posição 8994).

Adicionalmente, foram promovidas alterações na Lei n.º 10233/2001 pela Lei n.º 12743/2012, prevendo a outorga sob a forma de autorização para prestar o transporte ferroviário de cargas não associado à exploração da infraestrutura ferroviária a um Operador Ferroviário Independente – OFI, art. 13, inciso V, alínea “d”, e parágrafo único. Ademais, foi atribuída à ANTT competência para regular os procedimentos e condições para cessão a terceiros de capacidade de tráfego disponível na infraestrutura ferroviária explorada por concessionários (art. 25, inciso VIII). Em decorrência de atribuição regulamentar, a ANTT formulou o Regulamento do OFI, Resolução ANTT nº 4348, de 05 de junho de 2014, que disciplina a prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas não associado à exploração da infraestrutura.

Nesse modelo de acesso aberto, a Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.⁵ iria adquirir a capacidade de tráfego da infraestrutura ferroviária e, posteriormente, negociá-la com os OFI interessados em operar a infraestrutura (art. 3º, incisos I e II Decreto n.º 8129/2013).

Não obstante, após a transição presidencial realizada entre o primeiro e o segundo semestre de 2016, o Governo Federal propôs uma nova política pública para o desenvolvimento da infraestrutura denominado Programa de Parceria de Investimentos - PPI, instituído pela Lei n.º 13334, de 13 de setembro de 2016. Como uma das medidas de implementação do programa, foi editado o Decreto n.º 8875/2016, de 11 de outubro de 2016, que revogou integralmente o Decreto n.º 8129/2013, alterando a configuração da política de livre acesso à infraestrutura ferroviária.

A alteração consistiu na retirada da participação da estatal Valec como intermediária comercial da capacidade de tráfego disponível sob o entendimento de que essa modelagem seria excessivamente dispendiosa de recursos públicos, com riscos de endividamento do Estado e desequilíbrio orçamentário. Contudo, seguem vigentes os dispositivos da Lei n.º 10233/2002 que versam sobre a outorga de autorização ao OFI e a cessão a terceiros de capacidade de tráfego disponível.

Importante mencionar que a política de desverticalização do transporte ferroviário foi objeto de críticas pelos estudiosos do setor, com destaque para as deficiências em sua formulação como política pública, insegurança jurídica, riscos fiscais elevados. DAYCHOUM (2017) assim se manifestam sobre o tema:

Nesse sentido, identifica-se que inexistiu no momento 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 objetivo que se pretendem atingir através da regulação do setor. (pág. 98)

Considerando as recentes alterações legislativas, tendentes a um modelo de “desverticalização” do setor, fica evidenciado o desafio da Agência Reguladora de viabilizar a concorrência entre concessionárias e OFI, conferir atratividade aos novos entrantes e promover segurança jurídica para os contratos de concessão vigentes. Nesse contexto, é necessário debater sobre a natureza jurídica da atuação de concessionárias e

⁵ A Valec é uma empresa pública, sob a forma de sociedade por ações, reestruturada pela Lei n.º 11.772, de 17 de setembro de 2008, cuja função social é a construção e exploração de infraestrutura ferroviária.

OFI e as respectivas implicações regulatórias, especialmente no que se refere à caracterização dos serviços e atividades prestados por cada um dos *players* envolvidos.

Recentemente, em 2017, mais uma importante inovação legislativa passou a influenciar a regulação do serviço adequado de transporte ferroviário. Visando conferir força normativa e legitimidade à prorrogação de contratos de concessão, foi publicada a Lei n.º 13448, de 5 de junho de 2017, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação de contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, projetos este que integram o PPI.

Esta Lei estabelece como requisitos da prorrogação antecipada a inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente, a incorporação de melhores práticas regulatórias, novas tecnologias e serviços (interpretação a partir do cotejo dos artigos 3º e 6º), prevendo, na literalidade:

Art. 6º, § 2º. A prorrogação antecipada estará, ainda, condicionada ao atendimento das seguintes exigências por parte do contratado:

II - quanto à concessão ferroviária, a prestação de serviço adequado, entendendo-se como tal o cumprimento, no período antecedente de 5 (cinco) anos, contado da data da proposta de antecipação da prorrogação, das metas de produção e de segurança definidas no contrato, por 3 (três) anos, ou das metas de segurança definidas no contrato, por 4 (quatro) anos.

Verifica-se, portanto, que o legislador endereçou a aferição da prestação adequada do serviço ao cumprimento de metas de produção e de segurança. Essa inovação legislativa amplifica o debate sobre a adequação do indicador “metas de produção e segurança”, haja vista a importância socioeconômica da prorrogação dos contratos de concessão para fomentar a melhoria e ampliação do serviço, novos investimentos no setor ferroviário e ganhos sistêmicos de eficiência para infraestrutura e a logística brasileira.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Serviço público na ordem econômica da CF/1988 e na teoria administrativista

O Estado brasileiro, moldado a partir da CF/1988, é caracterizado pela garantia de um amplo rol de direitos individuais, coletivos e sociais e, também, de vários serviços públicos, tendo sido adotado o modelo econômico da regulação para compatibilizar esse desenho com a liberdade econômica e a livre iniciativa. Nesse contexto, a CF/1988 determina a prestação direta de uma parcela relevante de serviços, especialmente aqueles relacionados com a dignidade da pessoa e, indiretamente, de atividades menos essenciais, ligadas ao bem-estar geral da coletividade, como é o caso do serviço de transporte ferroviário.

As décadas de 1980 e 1990 marcam o fortalecimento de iniciativas neoliberais, alinhadas à necessidade de “redução do tamanho do Estado” e de menor intervenção na atividade econômica, em sintonia com os acontecimentos na Europa, EUA e América Latina. Esse período caracteriza-se, no Brasil, sobretudo a partir de 1990, pela realização de desestatizações de empresas públicas e concessões de serviços públicos à iniciativa privada. Destaca-se, também, nesse contexto, a criação da Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, visando regulamentar o art. 175 da CF/1988.

Sob a ótica doutrinária, os serviços públicos são objeto de grande digressão teórica. As definições de serviço público, normalmente, não se apoiam em tecnicismo jurídico sendo, normalmente, sujeitas a critérios casuísticos de determinação (requisitos). Segundo a construção doutrinária francesa, o serviço público admite, ao menos, três acepções: subjetiva, objetiva e formal. MELLO (2017) sintetiza cada um desses sentidos:

Em sentido subjetivo o serviço público é concebido como um organismo público, ou seja, uma parte do aparelho estatal. Nesta acepção, falar em serviço público é o mesmo que se referir a um complexo de órgãos, agentes e meios do Poder Público (pág. 34);

(...) na acepção objetiva, o serviço público define-se em razão da natureza da atividade ou tarefa. É o fato de corresponder a uma atividade de interesse geral, é a circunstância de se impor como uma exigência da coletividade, cuja satisfação incumbe ao Poder Público prover, ainda quando não o faça diretamente, o elemento que se encontra por detrás de todas as noções objetivas de serviço público (pág. 36)

E, por fim, o sentido formal é o que decorre da interpretação normativa e não de construção doutrinária, ou seja, considera-se, por essa acepção, serviço público aquilo que o legislador assim selecionou, também referido na doutrina pelo termo *publicatio*, portanto, submetido ao regime jurídico de direito administrativo. Nesse sentido, cita-se MELLO (2017), (*apud* Ricardo Marcondes Martins):

Da qualificação pelo sistema normativo de uma dada atividade como serviço público, da *publicatio*, segue por decorrência lógica a submissão ao regime de direito público. não é conceitualmente possível que a Constituição Federal a Estadual ou Lei Orgânica Municipal considerem uma atividade como própria do Estado, de titularidade estatal e, admitam sua submissão ao regime de direito privado (pág. 41).

Os conceitos de serviço público são variáveis, a depender da filiação por uma ou outra classificação. MELLO (2017), ao constatar que as “crises dos serviços públicos” estão ligadas a uma visão metajurídica (debates sobre os papéis do Estado), decorrente da maior expansão ou retração do conceito, conclui que haverá serviço público quando o legislador atribuir o regime administrativo a determinadas atividades. Com base na concepção formal, MELLO (2017), formula a seguinte definição:

(...) do ponto de vista jurídico, é aquele que se consubstancia através de regime jurídico especial, instituído pelo Estado no interesse direto dos fins que consagrar como próprios.

Serviço público ante o Direito não é, pois, uma qualidade da própria atividade; apenas decorre do regime normativo, conquanto seja certo que este lhe é atribuído, como regra quase que geral, ante o reconhecimento de que se trata de uma realidade socialmente identificada como relevante e cujo bom cumprimento demanda que seja assumida pelo Estado como pertinente a si próprio (pág. 63).

A noção de serviço público, em suas várias acepções, também é fortemente permeada pelos aspectos contextuais, pelos princípios constitucionais e pelas funções do Estado. Em linha com as tendências de hermenêutica constitucional, os conceitos jurídicos devem ser interpretados à luz dos fatos sociais e econômicos de seu tempo e, por simetria, as atividades prestacionais guardam forte relação com os debates sobre papéis do Estado e suas condições orçamentárias.

A correlação do conteúdo jurídico do serviço público com os debates sobre os papéis do Estado é objeto de ponderação por OLIVEIRA (2015): “É verdade que nunca houve concepção unívoca de serviço público. Ao contrário, a noção tem variado no tempo e no espaço. A evolução social, econômica, tecnológica e jurídica acarreta transformações

importantes na caracterização das atividades prestadas pelo Estado”. Essa percepção também é relatada por ARAGÃO (2017) (*apud* Eros Grau):

Eros Roberto Grau observa que “a Constituição é um dinamismo. É do presente, da vida real que se toma as forças que a ela, bem assim ao Direito, conferem vida. Por isso mesmo, os movimentos de redução e ampliação das parcelas da atividade econômica em sentido amplo que consubstanciam serviço público refletem a atuação das forças sociais em um determinado momento, evidentemente também conformadas pela Constituição (...). A interpretação da Constituição, indispensável ao desvendamento do quanto por ela definido a esse respeito, explícita ou supostamente, envolve também a interpretação dos fatos, tal como se manifestam em um determinado momento” (Edição do Kindle, 7546-Posição 7547).

Esse dinamismo conceitual é particularmente importante quando se trata de transporte ferroviário, visto que a atividade⁶ possui, ao longo de sua história, seja no Brasil ou no mundo, ciclos de maior ou menor presença estatal, com implicações substanciais no regramento jurídico aplicável.

Verifica-se, portanto, que a doutrina aponta diferentes acepções do que seja serviço público, sendo que a construção desse conceito está fortemente relacionada com o critério científico adotado e o contexto socioeconômico em que é analisado. A imputação de uma atividade como serviço público depende, portanto, de elementos dinâmicos e semânticos, sendo que a consequência jurídica direta é o endereçamento dessa atividade a um regramento específico, no caso, ao regime jurídico de direito administrativo.

Considerando os objetivos desse trabalho, adota-se como pressuposto que o transporte ferroviário de cargas seja enquadrado formalmente como serviço público de titularidade da União, outorgado à iniciativa privada mediante concessão e remunerado por tarifa, aproximando-se, portanto, da acepção doutrinária formal. Não obstante, o critério material se faz presente quando se analisa as atividades que compõem a prestação desse serviço público.

⁶ A expressão “atividade” adotada nesse trabalho é, via de regra, tomada em seu sentido literal, não se referido ao termo técnico-jurídico, decorrente da hermenêutica o constitucional, que posiciona as formas de atuação na ordem econômica em “serviço público” e “exercício de atividade econômica”.

2.2 Serviço público de transporte ferroviário de cargas: exploração de infraestrutura e operação ferroviária

A CF/1988, em seu art. 21, XII, inciso “d”, 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 sua vez, o art. 22, inciso XI, consigna que compete privativamente à União legislar sobre trânsito e transporte.

Quando se analisa materialmente esse serviço, é possível verificar um conjunto de atividades necessárias para o deslocamento das cargas ao longo da infraestrutura. Apesar de se identificar normalmente o serviço de transporte ferroviário como sendo a própria operação (deslocamento de cargas e passageiros, do ponto de origem ao ponto de destino), para isso ocorra são necessárias as atividades de gestão ou exploração da infraestrutura, ou seja, as funções necessárias para o deslocamento dos veículos ferroviários.

A exploração da infraestrutura como parcela de serviço público não é uma noção intuitiva no direito brasileiro. Em setores como portos e ferrovias, isso pode ser explicado, dentre outros aspectos, pelas características dos usuários do serviço (normalmente empresas) e pelo predomínio do interesse público secundário ao invés do primário (ou seja, não visa precipuamente a garantia de direitos individuais e coletivos, mas sim o interesse fiscal e tributário do Estado).

Analisando-se o setor ferroviário sob a perspectiva histórica, verifica-se que a caracterização como serviço público está fortemente relacionada à relevância econômica e ao interesse público, especialmente o secundário, os quais justificariam, por si só, a intervenção estatal na atividade, que, nos dias atuais, traduz-se em regulação. Segundo LOUREIRO (2011), em abordagem sobre monopólio e serviço público na tradição constitucional brasileira:

As ferrovias constituíam o campo das concessões por excelência. Viveiros de Castro entende “líquido e certo” o direito de o Estado intervir nas estradas de ferro, “tão importante é a soma dos interesses em jogo, tão considerável é a influência que elas exercem na economia nacional.

ARAGÃO (2017) também expõe o elevado interesse econômico como justificativa para a *publicatio* do transporte ferroviário:

Quanto aos serviços públicos ferroviários, a partir do final do século XIX começa uma tendência de estatização das ferrovias que vai ser crescente até a década de sessenta do século XX, já que a maioria das concessionárias privadas era deficitária e era o Estado que acabava arcando com a garantia de lucratividade mínima contratualmente assegurada: “A estatização das ferrovias brasileiras foi fruto das condições econômicas de sua exploração: progressivamente inviabilizadas como empresas lucrativas, ao Governo (federal ou estaduais) só restava a alternativa de estatizá-las a fim de manter serviço essencial às populações de várias localidades. Não houve, portanto, uma intenção estatizante prévia ao processo, nem a estatização foi fruto de mudanças legais estruturadas. Pelo contrário, a tendência da legislação era de permitir ampla liberdade na exploração ferroviária (a legislação paulista, por exemplo, assegurava a livre concorrência na atividade), reduzindo as restrições que o regime original de concessões havia estabelecido” (Edição do Kindle, posição 1758).

Isto posto, dada a relevância socioeconômica da atividade, justifica-se que ela seja alçada a um status jurídico adequado para a garantia do interesse público, sem prejuízo de ter o exercício das atividades transferido à iniciativa privada em busca de maior eficiência. Comparativamente, nas concessões de infraestrutura rodoviárias atividades de gestão e operação das vias públicas são posicionadas, pela doutrina majoritária, como serviço público, ainda que sem a literal previsão no texto constitucional de 1988. Nesse sentido é o entendimento de DEPINÉ (2010):

Dentro dessa ordem de ideias, constatamos que o legislador infraconstitucional elevou a atividade de gestão e operação de rodovias à categoria de serviço público, o que se deu sob o influxo da decisão político-administrativa de transferência do exercício dessa atividade ao setor privado.

No caso da infraestrutura portuária, verifica-se menor clareza sobre o enquadramento como serviço público, sem embargo do texto constitucional expresso. A confusão jurisprudencial do setor é enunciada por ARAGÃO (2017), ilustrada no julgamento de dois Recursos Extraordinários:

No Recurso Extraordinário nº 220.999 - 7, demonstrando uma abertura à concepção material ou objetiva de serviço público como sendo a atividade que atende ao interesse público, o STF não considerou suficiente a inclusão do transporte aquaviário no rol das atividades da competência da União (art. 21, XII, “d”, CF) para qualificá-lo como serviço público, no caso concreto, por tratar-se de transporte efetuado por empresa pública das mercadorias fabricadas por empresa privada. Para o Ministro Nelson Jobim, citando Cirne Lima, não haveria o necessário requisito de “utilidade pública” da atividade para que pudesse ser considerada como serviço público e, portanto, de prestação obrigatória pela União, que poderia, então, ter cessado a sua prestação. (Edição do Kindle, Posição 4599)

Em outro julgado, privilegiando o critério orgânico ou subjetivo de conceituação do serviço público (serviço público como a atividade do Estado), o STF decidiu: “Competindo à União, e só a ela, explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os portos

marítimos, fluviais e lacustres, art. 21, XII, “F”, da CF, está caracterizada a natureza pública do serviço de docas” (Recurso Extraordinário nº 172.816). (Edição do Kindle, Posição 4607).

A outorga de concessões para a exploração ferroviária, procedente da desestatização da RFFSA, teve por fundamento, além da Lei nº 8987/1995 (art. 2º, inciso II), a Lei nº 9074, de 07 de julho de 1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos. O art. 1º, inciso IV, deste diploma legal prevê que se sujeitam ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão, nos termos da Lei nº 8987/1995, os seguintes serviços e obras públicas de competência da União: vias federais, precedidas ou não da execução de obra pública.

Por sua vez, a Lei nº 9491, de 09 de setembro de 1997, que institui o Programa Nacional de Desestatização, prevê, no art. 2º, III, que “poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei: serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização”.

Ainda em sede de legislação ordinária, a Lei nº 10233, de 2001, prevê em seu art. 28, I, que a ANTT e a ANTAQ, em suas respectivas esferas de atuação, adotarão as normas e os procedimentos estabelecidos nesta Lei para as diferentes formas de outorga previstos nos artigos 13 e 14, visando a que a exploração da infraestrutura e a prestação de serviços de transporte se exerçam de forma adequada, satisfazendo as condições de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação do serviço, e modicidade nas tarifas.

Com base nas passagens acima, verifica-se que, apesar do legislador não adotar um critério claro sobre o enquadramento da exploração de infraestrutura como modalidade de serviço público ocorre, ao menos, uma equiparação jurídica, visto que lhe são aplicados os mesmos princípios que norteiam a prestação de serviços públicos e o regime jurídico administrativo. Corroborá esse quesito o entendimento de DEPINÉ (2010):

(...) os princípios que regem a exploração da infraestrutura rodoviária tanto no âmbito federal como no estadual são os mesmos princípios operativos da prestação dos serviços sintetizados na Lei 8987, de 13.12.1995, art. 6º, § 1º, uma vez que os serviços relacionados à sua operação são de crucial interesse da população e devem ser colocados à disposição pelo Poder Público.

(...) mesmo considerando o suporte físico de natureza patrimonial, o bem público (a rodovia) nada impede que uma dada atividade de infraestrutura possa ser classificada como serviço público e prestada sob o influxo de uma relação jurídica de serviço público.

Como entendimento divergente ao enquadramento jurídico da exploração de infraestrutura como modalidade de serviço público, cita-se o voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues na Tomada de Contas -nº 031.086/2013-6 do Tribunal de Contas da União – TCU, em que se analisou o processo de concessão da exploração da infraestrutura de transporte público ferroviário, no trecho Lucas do Rio Verde - Campinorte⁷:

Consoante o inciso I do art. 13, existe a outorga de concessão de exploração de infraestrutura de transporte público, precedida ou não de obra pública, e existe a concessão de serviços públicos de transporte, associados à exploração da infraestrutura, como categorias próprias e ontologicamente distintas.

Ainda nos termos da Lei 10.233/2001, a concessão de exploração de infraestrutura pode ou não estar vinculada à prestação do serviço público de transporte ferroviário, não havendo disposição normativa a amparar a tese de que a exploração de infraestrutura ferroviária seria serviço público.

A separação entre a exploração da infraestrutura ferroviária e a prestação do serviço público de transporte sempre existiu. Nas desestatizações da malha ferroviária da RFFSA, firmavam-se dois contratos: o contrato de concessão para a prestação do serviço público de transporte ferroviário de cargas e o contrato de arrendamento, que transferia a posse da infraestrutura ferroviária, para o vencedor da licitação. Ocorre que, no sistema anterior, confundiam-se na mesma pessoa a posse da infraestrutura e a prestação do serviço, o que, obviamente, não transforma ambas as atividades em uma única. Convém, portanto, não assimilar a exploração ou uso de bem público à prestação de serviço público. Esta pode ou não envolver a exploração de bem público.

No setor ferroviário, é comum que os contratos de concessão também envolvam a realização de obras e projetos de manutenção da infraestrutura e melhoramentos na via. Nesse caso, como se trata de atividades necessárias para a consecução do objeto principal, o entendimento majoritário é de que não se altera a natureza jurídica de concessão de serviço público e a observância do regime de direito público. Nesse sentido, cita-se JUSTEN FILHO (2011):

Em suma, essas licitações previram que os concessionários (então enquadrados na categoria de “Administrações Ferroviárias”) receberiam a delegação da prestação do serviço público acima referido, incumbindo-lhes tanto a prestação do serviço de transporte propriamente dito como a implantação, a manutenção e a ampliação das infraestruturas correspondentes. Foram fixados os deveres quantitativos e qualitativos para a prestação do serviço.

⁷ Ressalte-se que, sobre esse quesito, o entendimento do Ministro-Relator é distinto da visão consubstanciada pela unidade técnica, Sefid Transporte, na instrução processual.

(...) a concessão de serviço público de transporte ferroviário de cargas outorgada no caso concreto impõe ao concessionário o dever-poder jurídico de prestar o serviço na sua integralidade, ou seja, tanto no aspecto das cargas a serem transportadas, quanto no tocante à utilização da ferrovia.

Em resumo, tem-se, portanto, a CF/1988 estabelecendo, de forma ampla, os “serviços de transporte ferroviário”, competindo à União sua exploração direta ou indiretamente, mediante autorização, concessão ou permissão, contudo. Em caráter infraconstitucional, o RTF prevê, em seu art. 2º, que a concessão de “construção de ferrovias, a operação ou exploração comercial dos serviços de transporte ferroviário” poderão ser realizadas pelo Poder Público ou por empresas privadas e, no art. 17, que a tarifa é o valor cobrado para o deslocamento de uma unidade de carga da estação de origem para a estação de destino.

Por sua vez, os contratos de concessão originários da desestatização da RFFSA estabelecem que o objeto da concessão é “a exploração e desenvolvimento do serviço público de transporte ferroviário de carga”. A Resolução ANTT nº 3694/2011 prevê no art. 2º, XVI que prestação de serviços de transporte como sendo o serviço público delegado pelo qual a concessionária recebe dos usuários tarifa para desempenho das atividades relativas ao transporte ferroviário, ou seja, adota a contrapartida por tarifa como sendo o elemento definidor do serviço.

O Regulamento de defesa dos usuários estabelece ainda, no art. 3º, que a exploração e o desenvolvimento do serviço de transporte ferroviário de cargas, bem como a administração, a operação, o uso e o gozo das ferrovias objeto dos contratos de concessão, compreendem o desempenho das seguintes atividades: I - licenciamento; II - condução; III – abastecimento; IV - carregamento e descarregamento; V -manobra; VI – manutenção de material rodante, e VII – armazenagem; e, no art. 4º, que o serviço exclusivo que deverá ser contratado pelo usuário junto à concessionária engloba, necessariamente, as atividades de licenciamento, condução e abastecimento.

Importante ressaltar que, as alterações normativas que instituíram a possibilidade de transporte ferroviário de cargas não associado à exploração da infraestrutura ferroviária, por OFI, sob a forma de autorização, em aceno à desverticalização, também devem ser interpretadas à luz do texto constitucional e, em conjunto, com o marco jurídico do setor. Nesse contexto, é possível se inferir que o OFI, presta serviço público de transporte ferroviário de cargas, expressa pela operação

ferroviária, sendo tomador de serviço, perante a concessionária, no que toca ao acesso à infraestrutura. Ressalte-se, todavia, que, por ser autorizatário do serviço, aplica-se ao OFI, regramento jurídico diverso no que toca ao serviço adequado. Cabe mencionar entendimento divergente na doutrina, consignado por GONZAGA (2018):

Os OFI, conforme já mencionado, exercem essa atividade econômica por direito próprio, considerando que o legislador a transferiu à iniciativa privada, retirando-a do campo dos serviços públicos. É, por conseguinte, direito de livre iniciativa de qualquer pessoa jurídica a obtenção do título habilitante de operador ferroviário independente, desde que essa pessoa jurídica cumpra os requisitos mínimos exigidos pela regulação da ANTT.

Considerando os dispositivos acima, verifica-se que não há uma harmonização entre os normativos sobre a delimitação do serviço público de transporte ferroviário de cargas, sendo possível, apenas, reunir diretrizes interpretativas para entendimento desse serviço. Dessa feita, considera-se para os fins da presente análise, o serviço de transporte ferroviário como sendo o conjunto de todas as atividades relativas à exploração e ao desenvolvimento da concessão, remunerada por tarifa ou preço.

Dessa forma, verifica-se que o serviço de transporte ferroviário é uma atividade polissêmica, com um conjunto de prestações materiais que não estão claramente posicionadas nas normas jurídicas e que dependem de complementação regulatória. Apesar do enquadramento como serviço público produzir importantes consequências jurídicas (invocação do regime de direito administrativo e a obrigação de adequada prestação), não encerra os desafios regulatórios de ordem técnica, jurídica e econômica, relativos à consecução de segurança jurídica e à qualidade da regulação. Nesse contexto, faz-se mister expor também o panorama da regulação do serviço adequado de transporte ferroviário de cargas, com foco nas metas de produção e segurança.

2.3 A insubsistência das metas de produção e segurança como indicador de serviço adequado

A obrigação do Poder Público de prestar serviços públicos está prevista no art. 175, CF/1988, e fundamenta-se na concretização dos direitos individuais e coletivos. Referido dispositivo prevê também a possibilidade de transferência da prestação dos serviços a particulares sob regime de concessão ou permissão, mediante prévia licitação

e estabelece a reserva legal para disciplinar: (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; e (iv) a obrigação de manter serviço adequado.

O serviço de transporte ferroviário foi transferido à iniciativa privada, após a desestatização da RFFSA, na modalidade de concessão simples, invocando, portanto, as regras gerais previstas na Lei nº 8987/1995, que cuidam do serviço adequado, sintetizado pelo art. 6º, § 1º: Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Também a Lei nº 10233/2001 prevê em seu art. 28, inciso I, que a ANTT e a ANTAQ adotarão as normas e os procedimentos estabelecidos na Lei para as outorgas de concessão, permissão e autorização na prestação de serviços de transporte se exerçam de forma adequada, satisfazendo as condições de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação do serviço, e modicidade nas tarifas.

Não obstante, tanto a Lei nº 8987/1995 quanto a Lei nº 10233/2001 preveem, abstratamente, a forma de prestação adequada dos serviços públicos, conforme ressaltado por ARAGÃO (2017): “A adequação do serviço é um conceito jurídico indeterminado relativamente densificado pelo art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/1995”. Como se trata de uma lei geral, tendente disciplinar várias categorias de serviços públicos, é razoável a disciplina mais abrangente dos princípios jurídicos, cabendo à legislação específica ou ao contrato de concessão o respectivo detalhamento.

A principal norma de regência do setor, Decreto nº 1832/1996 - RTF, também não apresenta maior detalhamento sobre a disciplina do serviço adequado, limitando-se a prever regras gerais sobre o tema, tais como as abaixo transcritas:

Art. 29. A Administração Ferroviária deverá atender o expedidor sem discriminação e **prestar-lhe o serviço adequado**.

Art. 31. A Administração Ferroviária é responsável por todo o transporte e as operações acessórias a seu cargo e pela **qualidade dos serviços prestados aos usuários**, conforme disposto na Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que regula a responsabilidade civil nas Estradas de Ferro, e neste Regulamento, bem como pelos compromissos que assumir no tráfego mútuo, no multimodal e nos ajustes com os usuários.

Art. 66. A fiscalização do cumprimento deste Regulamento será exercida pelo Ministério dos Transportes, direta ou indiretamente, cabendo-lhe entre outras atribuições exigir:

IV - manutenção do serviço adequado objeto da concessão.

Por sua vez, os contratos de concessão, em sua maioria, também apresentam dispositivos de teor conceitual mitigado sobre a prestação e qualidade do serviço, sendo que o parâmetro de mensuração adotado é o cumprimento de metas de produção e segurança⁸.

No campo da regulação setorial, a Resolução ANTT nº 3694/2011, Regulamento de defesa dos usuários, avançou ao introduzir, no art. 18⁹, requisitos mais

⁸ Para os contratos originários da desestatização da RFFSA, como é o caso do contrato da MRS Logística S.A, destacam-se os seguintes dispositivos:

CLÁUSULA TERCEIRA - DA PRORROGAÇÃO DO CONTRATO

§ 2º - A CONCESSIONÁRIA poderá pleitear a prorrogação da CONCESSÃO desde que não tenha sido reincidente em condenação administrativa ou judicial por abuso de poder econômico e tenha atingido e mantido a prestação de serviço adequado.

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, devendo prover os investimentos necessários ao atingimento de tais metas: (...)

5.2 - DA SEGURANÇA DO SERVIÇO

A CONCESSIONÁRIA obedecerá às normas de segurança vigentes para a prestação do serviço objeto da CONCESSÃO e para a operação e a manutenção dos ativos a ela vinculados.

A segurança do serviço oferecido será avaliada precipuamente pela frequência da ocorrência de acidentes, medida pelo seguinte índice: número de acidentes/milhão de trens quilômetro.

CLÁUSULA NONA - DAS OBRIGAÇÕES DAS PARTES

9.1 - DAS OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA:

III) - Manter programas de treinamento de pessoal e de busca permanente de qualidade na prestação do serviço adequado

VIII) - Prestar serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, sem qualquer tipo de discriminação e sem incorrer em abuso de poder econômico, atendendo às condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas;

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS USUÁRIOS

São direitos e obrigações dos usuários:

I) - Receber serviço adequado;

⁹ Art. 18. O serviço de transporte ferroviário de cargas deverá ser prestado em observância às condições de qualidade, com vistas ao oferecimento de serviço adequado aos usuários, a ganhos de eficiência produtiva e em atenção aos seguintes requisitos:

I - regularidade: manutenção da prestação do serviço de transporte segundo os padrões técnicos e operacionais;

II - continuidade: não interrupção da prestação dos serviços de transporte e operações acessórias assumidas pela concessionária;

específicos de prestação adequada do serviço, dentre outros dispositivos que permitem a aplicação de penalidades às concessionárias que descumprirem o dever de adequada prestação:

Verifica-se que referido Regulamento possui caráter mais repressivo e de atuação *ex post*, tendente a reprimir eventuais condutas de não-conformidade das concessionárias; todavia, não são apresentados parâmetros e métricas de monitoramento permanente do serviço. O papel mais próximo de um acompanhamento regulatório sistêmico do transporte ferroviário, atualmente, está a cargo dos indicadores de produção e segurança, conforme se expõe a seguir.

Como parâmetros mais objetivos de aferição da qualidade do serviço, o setor ferroviário adota o monitoramento das metas de produção e segurança, conforme previsto nos contratos de concessão da desestatização da RFFSA. Originariamente, referidos contratos estabeleceram metas globais de produção e segurança para os ciclos iniciais (normalmente para os primeiros cinco anos), transferindo ao gestor do contrato a incumbência do estabelecimento das metas dos próximos quinquênios.

A partir da reforma regulatória de 2011, a ANTT introduziu mecanismos tendentes a ampliar a competitividade e a integração da malha, sendo que, por meio da Resolução ANTT nº 3696/2011, a Agência Reguladora aperfeiçoou a regra contratual de aferição da qualidade do serviço, passando a prever metas de produção por trecho (quantidade de produção mínima de transporte expresso em toneladas, quilômetro útil TKU), no intuito de melhorar a utilização dos ramais ferroviários secundários.

Em novo esforço para o aprimoramento do modelo de regulação por metas de produção, a ANTT procedeu à revisão da Resolução de 2011, em projeto integrante de sua Agenda Regulatória, sendo submetido a procedimento de participação e controle

III - segurança: atendimento às condições e às normas de segurança inerentes à prestação do serviço de transporte, inclusive em relação a terceiros;

IV - atualidade: modernização constante de técnicas e bens necessários à prestação do serviço de transporte, bem como da melhoria e expansão do serviço;

V - generalidade: preservação da liberdade de acesso dos usuários aos serviços de transporte ferroviário de cargas e operações acessórias necessárias à execução daquele;

VI - pontualidade: cumprimento dos prazos estabelecidos;

VII - transparência na gestão: garantia da prestação de informações e tratamento adequado das denúncias referentes à prestação dos serviços de transporte; e

VIII - modicidade: cobrança de tarifas que observem o equilíbrio entre custos da prestação do serviço de transporte e benefícios oferecidos aos usuários.

social por meio da Audiência Pública nº 15/2017. Concluído o processo de elaboração do regulamento, foi publicada a Resolução ANTT nº 5831/2018, que disciplinará os processos relacionados às metas a partir do ano de 2019.

Em resumo, a nova Resolução apresentou, conforme o Relatório Final de Audiência Pública, as seguintes melhorias: previsão de diretrizes para promover a consolidação de trechos ferroviários em corredores, melhorias no levantamento de informações que subsidiam o estabelecimento de metas, regras para publicação das metas estabelecidas pela ANTT, parâmetros para a aplicação de penalidade no descumprimento das metas por trecho, dentre outros.

Todavia, apesar da adoção pela Agência Reguladora de melhores práticas regulatórias, no processo de estabelecimento, revisão e apuração das metas, especialmente, com a publicação de novo normativo, ainda é possível se constatar a ocorrência de assimetria informacional entre regulador e regulado. A mensuração de qualidade do serviço por metas pode ser considerada uma regulação por resultados e de indução de comportamento, portanto, tendente a maior assimetria informacional. Além disso, não abrange todos os requisitos legais de prestação adequada do serviço concedido.

Com base na teoria normativa da regulação, as hipóteses que justificam a regulação pelo Estado são as falhas de mercado, cujos exemplos clássicos são a existência de monopólios naturais e de assimetrias de informação, sendo essa atuação direcionada para maximizar o bem-estar social. Segundo MUELLER (1999), a assimetria de informação surge do fato que o regulador não tem informação a respeito dos custos da firma (seleção adversa) ou nível de esforço empreendido por ela (*moral hazard*).

Para OLIVEIRA, (2018), a assimetria informacional restringe a habilidade do regulador de implementar a regulação no ponto ótimo, pois esse, quando da tentativa de limitar a renda obtida pela firma monopolista, também reduz os incentivos para realização de esforço, por parte da firma, na redução de custos, manutenção de qualidade do serviço e outros objetivos socialmente desejáveis.

Pela teoria do agente-principal, quando um principal delega determinada atividade a um agente e este atua em conflito de interesse, a relação de informações que o primeiro possui sobre a execução da atividade será parcial em relação ao agente que a está executando. Com base na Teoria Política Positiva da Regulação, exposta em MULLER (1999), tem-se a seguinte situação:

A partir do momento que existe delegação de uma tarefa de um agente econômico para outro, em uma situação onde existe assimetria de informação e um custo de monitoração alto o suficiente para que a assimetria não possa ser facilmente contornável, está caracterizada uma situação principal-agente. Em uma relação principal-agente, o principal, que delega a tarefa ao agente, não tem informação sobre a capacidade (tipo) do agente ou o esforço colocado pelo agente na consecução da tarefa. Sendo assim o principal não tem como avaliar o desempenho do agente dado que o resultado obtido por este, que é observável pelo principal, não é perfeitamente correlacionado com o esforço colocado pelo agente, que não é observável e é o parâmetro no qual a remuneração do agente deveria estar baseada. O agente sabendo disto terá incentivos para oferecer uma quantidade sub-ótima de esforço (moral hazard) e a mentir sobre seu tipo ou capacidade (seleção adversa). O principal por sua vez também terá ciência desta situação e poderá optar por evitar a relação ou incorrer em monitoração custosa, ambos os quais representam perdas de bem-estar social comparado com a situação onde a relação pudesse ser estruturada para funcionar sem os incentivos perversos.

Por analogia, pode-se aplicar referida teoria na relação que se estabelece entre Agência Reguladora (principal) e Concessionária (agente), referente ao fluxo processual das metas. O processo de estabelecimento, revisão e apuração das metas de produção e segurança, baseia-se, principalmente, em informações produzidas sob a ingerência das concessionárias e por elas transmitidas à ANTT.

A título de exemplo, o processo de definição de metas de produção por trecho para o quinquênio é iniciado com a apresentação pela concessionária de estudo de mercado, com a estimativa de demanda de transporte para o ciclo, acompanhado de plano de negócios que contém os contratos de transporte ferroviário já celebrados, o transporte de carga própria, os Contratos Operacionais Específicos (contratos que regem as operações de compartilhamento) e as projeções de demanda por transporte, nos termos da Seção II - Da Pactuação das Metas de Produção da Resolução ANTT nº 5831/2018. Ou seja, existe uma parcela significativa do fluxo informacional sob controle das concessionárias e cujas condições de aferição são dispendiosas para o regulador¹⁰.

Sobre as falhas de mercado relacionadas à pactuação de metas, na vigência da Resolução ANTT nº 3696/2011, POPERMAYER (2012), conclui que: “as metas de produção por trecho, propostas pelas próprias concessionárias, associadas à declaração da capacidade operacional de cada trecho, facilitam a definição da capacidade ociosa. Mas assimetria de informação ainda será grande, devido à forma de se medir a capacidade disponível”.

¹⁰ O art. 6º da Resolução ANTT nº 5831/2018 prevê que as metas de produção e as metas de segurança serão estabelecidas com base nas informações apresentadas pelas concessionárias, em fontes internas da ANTT ou em fontes externas, inclusive valores referenciais internacionais.

Verifica-se, portanto, que essa limitação do indicador de serviço vigente, decorrente de falhas de mercado e de governo (lacunas no marco jurídico-regulatório), vem se projetando no tempo e gera insegurança jurídica na regulação do transporte ferroviário. Essa situação produz reflexos na provisão e qualidade do serviço, no atendimento dos usuários e no próprio desenvolvimento do setor.

2.4 Metas de produção e segurança como indicador de serviço adequado na Lei nº 13.448/2017

O cumprimento das metas de produção e segurança foi também o indicador adotado na formulação da política pública de prorrogação antecipada dos contratos de concessão ferroviários, no âmbito do Programa de Parcerias e Investimentos – PPI. Por meio da Medida Provisória nº 752, de 24 de novembro de 2016, o Poder Executivo lançou as bases para conferir maior segurança jurídica nas prorrogações contratuais em setores de infraestrutura, notadamente de rodovias e ferrovias. Este instrumento legislativo consignou em sua Exposição de Motivos a seguinte explanação:

A Medida Provisória, em suma, confere a segurança jurídica necessária para requalificação de empreendimentos de infraestrutura vitais para a economia brasileira. Permite a realização imediata de investimentos em concessões existentes, em que há necessidade urgente para aprimorar o nível de serviço prestado à população e sanear contratos de concessão vigentes para os quais a continuidade da exploração do serviço pelos respectivos concessionários tem se mostrado inviável, colocando em risco a qualidade e a continuidade da prestação do serviço prestado aos usuários. O aumento da disponibilidade, a garantia da continuidade e a melhoria da qualidade dos serviços a eles relacionados contribuirão também para a retomada do crescimento econômico, a geração de empregos e o incremento dos níveis de investimento no país.

O requisito de aferição de serviço adequado de transporte ferroviário previsto na MP nº 752/2016 era o cumprimento das metas de produção e de segurança definidas no contrato, por três anos dentro do intervalo de cinco anos, contados da data da proposta de antecipação da prorrogação ou o cumprimento das metas de segurança definidas no contrato nos últimos cinco anos, contados da data da proposta de antecipação da prorrogação.

Por sua vez, na Lei nº 13.448/2017, originária da conversão da MP nº 752/2016, o legislador adotou como critério de mensuração do serviço adequado a observância das metas de produção e segurança, no período antecedente de 5 (cinco) anos, contado da data da proposta de antecipação da prorrogação, das metas de produção e de segurança definidas no contrato, por 3 (três) anos, ou das metas de segurança definidas

no contrato, por 4 (quatro) anos. Ou seja, ocorreu uma flexibilização na regra relativa ao cumprimento de metas de segurança de 5 (cinco) anos (portanto em todos os anos do período analisado) para 4 (quatro) anos. O Parecer nº 1/2017-CMMPF 752/2016 da Comissão Mista que fundamentou o projeto de Projeto de Lei de Conversão – PLC nº 03/2017, assim justifica a adoção da medida:

No capítulo sobre prorrogações antecipadas, realizamos um total de quatro aperfeiçoamentos. Primeiro, alteramos a exigência de cumprimento de metas para participar de prorrogações antecipadas no setor ferroviário, modificando as metas de segurança que deveriam ter sido cumpridas, de cinco anos em cinco para quatro anos em cinco. Isto permite ampliar o número de concessões elegíveis à prorrogação antecipada. Espera-se, com a medida, um maior impacto positivo sobre o investimento, especialmente em ferrovias.

Cumprido ressaltar que o disposto no art. 6º, § 2º, inciso II, dentro outros dispositivos da Lei nº 13448/2017¹¹, foram objeto de arguição de inconstitucionalidade material pelo Ministério Público Federal, registrado como Ação Declaratória de Inconstitucionalidade - ADI nº 5991/2018. Na petição inicial, a Procuradoria-Geral da República argumenta que o art. 6º, § 2º, inciso II da Lei estaria em desacordo com a regra de manutenção de serviço público adequado por concessionária, previsto no art. 175, parágrafo único, inciso IV. Sobre esse ponto, segue a literalidade da exposição do *Parquet*:

Vê-se, portanto, que os parâmetros que foram definidos para aferição das condições estabelecidas para fins de prorrogação antecipada – em particular dos contratos de ferrovias –, em verdade, esvaziam a obrigação de prestação de serviço adequado previamente prevista nos contratos originais.

Adicionalmente, as condições objetivas definidas na referida lei também impõem limitação à análise da execução dos contratos de concessão de ferrovias a menos de um terço do período já executado. Tais circunstâncias inviabilizam uma apreciação mais acurada sobre o regular cumprimento dos contratos, durante todo o período da vigência contratual, o que deve ser feito diretamente pelo órgão regulador do setor, no caso, a ANTT.

Cabe consignar que a ADI proposta pelo MPF, seja quanto ao pedido de liminar, seja quanto ao mérito, ainda não foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Não obstante, a atuação do órgão constitucional fiscal da lei, no sentido de buscar a declaração

¹¹ A ADI foi proposta contra os artigos. 6º, §2º, II, art. 25, §1º e §§3º a 5º e art. 30, §2º da Lei 13.448, de 5 de junho de 2017, sob o fundamento de contrariarem os artigos 37–caput (eficiência, impessoalidade, moralidade e razoabilidade), 37–XXI (regra da licitação) e 175–parágrafo único–IV (manutenção de serviço adequado por concessionário ou permissionário de serviço público) da Constituição Federal de 1988. O MPF também manifestou entendimento sobre a inconstitucionalidade do art. 6º, § 2º, inciso II da Lei 13.448 no âmbito da ADI nº 5684/DF ajuizada pela Frente Nacional Pela Volta das Ferrovias – FERROFRENTE e pela Federação das Associações de Engenheiros Ferroviários – FAEF.

de inconstitucionalidade do art. 6º, § 2º, inciso II, da Lei nº 13448/2017, demonstra a ineficiência dos indicadores de produção e segurança, especialmente considerado um corte temporal de 05 (cinco) anos como parâmetro de serviço adequado de transporte ferroviário de cargas.

Dessa forma, com base nos princípios da eficácia e da eficiência previstos no art. 75, II da CF/1988¹² e considerando o debate judicial acima citado, verifica-se que a utilização das metas de produção e segurança como indicadores de serviço adequado, afigura-se insubsistente ante constatação de fluxo informacional assimétrico, caracterizando como falha regulatória que justifica a atuação do regulador. Ademais, as metas não abrangem todos os requisitos legais do serviço adequado (art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/1995), demandado, portanto, a atuação das entidades competentes na superação dessa insegurança jurídica.

¹² Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

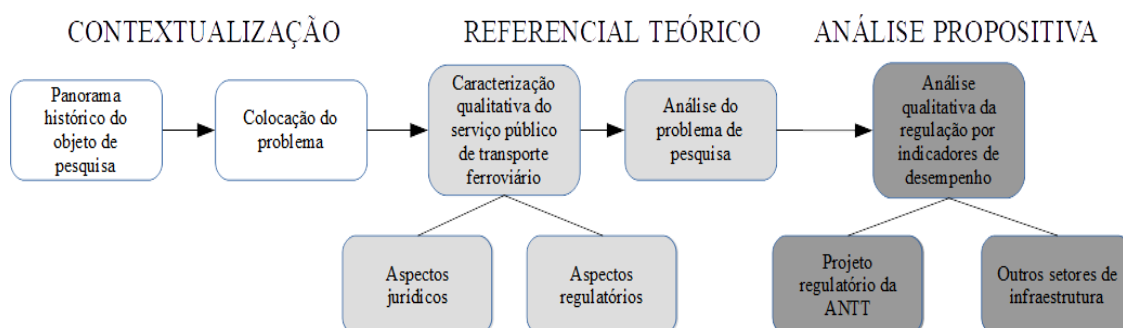
3. METODOLOGIA

Considerando o posicionamento jurídico e regulatório do serviço público de transporte ferroviário de cargas, a partir da referência literária sobre o tema, exposta nas seções iniciais, é relevante refletir, sobre o endereçamento de soluções para o problema da insubsistência dos indicadores vigentes do serviço, (metas de produção e segurança), por meio de uma regulação baseada em indicadores de desempenho para os requisitos legais do serviço adequado.

O panorama do transporte ferroviário de cargas delineado a partir da desestatização do setor, na década de 1990, lançou as bases do modelo regulatório atual, com o predomínio de um marco jurídico infralegal e acompanhamento contratual pela Agência Reguladora. Ocorre que, as alterações normativas recentes (desverticalização e prorrogações contratuais), evidenciaram a necessidade de melhora da regulação do serviço. Nesse contexto, a análise qualitativa da caracterização desse serviço público, desde sua origem constitucional, até a regulamentação setorial, é essencial para o debate sobre as limitações normativas de sua regulação.

Exposta essa questão com base na pesquisa da literária do tema, faz-se necessário, em caráter propositivo, debater sobre a regulação por indicadores de desempenho como solução para o problema de pesquisa, especialmente, a partir de exemplos da adoção dessa forma de regulação em setores de infraestrutura de transportes no Brasil, quais sejam, rodoviário, aeroportuário e portuário. Dessa forma, apresenta-se, a seguir, o fluxo metodológico do presente estudo:

Figura 1 – Fluxo Metodológico:



4. RESULTADOS E DISCUSSÕES: REGULAÇÃO POR INDICADORES DE DESEMPENHO

4.1 Regulação por indicadores de desempenho e qualidade da regulação em setores de infraestrutura

Conforme exposto no referencial teórico, os parâmetros vigentes para a aferição do serviço abrangem a segurança ferroviária e o quantitativo de produção global e por trecho das concessionárias. Considerando que esses elementos traduzem os requisitos de regularidade e continuidade previstos na Lei de Concessões e Permissões, mister se faz o aprimoramento da regulação do serviço por meio da construção de indicadores de desempenho para todos os requisitos de prestação do serviço. Importante evidenciar ainda que esse indicador não deve captar apenas a operação ferroviária, mas, também, a gestão da infraestrutura, a partir da visão completa do serviço.

Considerando que os requisitos previstos no art. 6º da Lei nº 8987/1995 constituem-se em princípios e diretivas, seu respectivo detalhamento, conforme as especificidades do serviço público, ocorre em sede regulamentar ou contratual.

Em decorrência da atribuição legal de detalhar o serviço adequado, a partir de suas especificidades técnicas, a adoção de indicadores de desempenho é uma prática de governança cada vez mais adotada na formulação e monitoramento de políticas públicas, regulatórias, no planejamento estratégico, no gerenciamento de riscos, dentre outros setores complexos, seja no Brasil, seja no mundo. A adoção de parâmetros quantificáveis contribui não só na gestão e fiscalização de setores regulados, mas também na aplicação de penalidade, revisão tarifária, prorrogações contratuais, dentre outros. CALDEIRA (2013) assim dispõe sobre a eficiência dos indicadores na regulação:

As metodologias de indicadores de desempenho empregadas em agências reguladoras nacionais e internacionais, assim como outros órgãos governamentais, contribuem para decisões tão diversas como definição de tarifas, aplicação de multas, critérios de habilitação em contratos administrativos, aferir qualidade do serviço, etc.

Em virtude das necessidades de fiscalização e monitoramento de serviços públicos, com base em princípios de qualidade da regulação, os indicadores de desempenho ganharam relevância pela possibilidade de gerenciamento de informações, redução de custos regulatórios, publicidade, padronização, controle externo e social. Dessa forma, como mecanismo de *benchmarking* para o serviço de transporte ferroviário,

apresenta-se, a experiência da adoção de indicadores de desempenho do serviço em outros setores de infraestrutura de transportes no Brasil.

Nas concessões de infraestrutura rodoviária federais, também administradas pela ANTT, a adoção de indicadores de desempenho na regulação do serviço foi objeto de melhoria na modelagem contratual ao longo das etapas. As primeiras concessões datam do fim dos anos 1990, tendo se intensificado a partir de 2008, perfazendo, atualmente, cerca de 10.000 km (dez mil quilômetros) de rodovias concedidas, distribuídos em 20 (vinte) contratos de concessão, sendo o mais recente o da BR-101/290/448/386/RS, assinado em 11 de janeiro de 2019.

Neste contrato de concessão, existe a obrigação da concessionária de executar as obras e os serviços necessários, atendendo integralmente aos Parâmetros de Desempenho, ao Escopo, aos Parâmetros Técnicos e às demais exigências estabelecidas no contrato e no Programa de Exploração da Rodovia – PER. Destaca-se também a obrigação contratual de implementar Sistema de Gestão da Qualidade, Gestão Ambiental e Gestão de Segurança Viária, devidamente certificado, para todas as obras e serviços necessários ao cumprimento do objeto do contrato¹³

Nos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária, regulados pela Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, desde os primeiros ciclos de concessões, realizadas entre 2011 e 2013, são adotados parâmetros de mensuração da qualidade do serviço prestado pelo concessionário. Segundo a ANAC: a concessão de aeroportos tem como objetivo atrair investimentos para ampliar, aperfeiçoar a infraestrutura aeroportuária brasileira e, conseqüentemente, promover melhorias no atendimento aos usuários do transporte aéreo no Brasil. Os níveis de qualidade dos serviços determinados para os aeroportos são baseados em padrões internacionais, previstos nos contratos de concessão¹⁴.

Os aspectos de qualidade do serviço estão disciplinados no Plano de Exploração Aeroportuária – PEA, sendo que, na modelagem contratual mais recente, adotada para os aeroportos concedidos em 2017, quais sejam, Fortaleza/CE, Salvador/BA, Florianópolis/SC e Porto Alegre/RS, existem mecanismos de aferição dos serviços diretos, da disponibilidade de equipamentos e instalações, instalações lado ar e pesquisa de satisfação dos passageiros. Adota-se também o chamado Fator Q, fator de

¹³ Informações disponíveis em: http://www.antt.gov.br/rodovias/Concessoes_Rodoviaras/Index.html e http://www.antt.gov.br/rodovias/Concessoes_Rodoviaras/CCR_ViaSul/Index.html

¹⁴ Informações disponíveis em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes>

qualidade do serviço, medido a partir da qualidade do serviço prestado e que pode impactar positiva ou negativamente a revisão tarifária da concessionária.

No setor de infraestrutura portuária, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ possui competência, definida pela Lei 10233/2001, para regulação e supervisão das atividades de prestação de serviços e exploração da infraestrutura de transportes aquaviários, atuando nos portos organizados e terminais de uso privativo. A Agência adota, por exemplo, o sistema denominado “Desempenho Portuário” para a mensuração da qualidade dos serviços¹⁵. Segundo a ANTAQ, esse sistema permite a avaliação de qualidade dos serviços portuários oferecidos aos usuários, a obtenção de padrões e parâmetros comparativos de desempenho e preços entre as diversas instalações e terminais.

Dessa forma, de modo geral em setores regulados, verifica-se que os indicadores permitem, além do fomento à qualidade do serviço prestados aos usuários, uma aferição mais objetiva da regularidade contratual das concessionárias, a qual é necessária na gestão de contratos de concessão, em momentos de prorrogação ou de encerramento da concessão por caducidade e encampação¹⁶.

A partir dos exemplos acima, verifica-se a adoção, em estágios mais ou menos desenvolvidos, de indicadores que possam mensurar a qualidade de um serviço ou atividade em setores regulados. O processo de melhoria da regulação está fortemente relacionado com a maturidade institucional e setorial sendo que, no transporte ferroviário, a demanda por uma regulação do serviço ganhou relevância com as alterações no marco regulatório que introduziram maior competição no setor ferroviário (desverticalização e maior interoperabilidade entre concessionárias) e com a demanda por um parâmetro para

¹⁵ Segundo o sítio eletrônico do órgão (<http://portal.antaq.gov.br/index.php/portos/sistema-de-desempenho-portuario/>): O Sistema Permanente de Acompanhamento de Preços e Desempenho Operacional dos Serviços Portuários – DESEMPENHO PORTUÁRIO – foi desenvolvido como um dos instrumentos para propiciar o atendimento a estes propósitos, sendo destinado a prover um banco de dados e informações que venha a servir como base de referência para o cálculo de indicadores operacionais e de preços, necessários à aferição da qualidade dos serviços, com vistas a dar suporte para o cumprimento às suas atribuições legais. O Sistema DESEMPENHO PORTUÁRIO é composto por um conjunto de equipamentos centrais e periféricos interligados, com procedimentos metodológicos, que permitem o recebimento, a coleta e a triagem de dados e informações sobre as operações portuárias e seus respectivos preços, com capacidade de armazená-los e processá-los, apresentando como resultados, os indicadores do desempenho portuário, da qualidade e dos preços dos serviços praticados.

¹⁶ Com base na Lei nº 8987/1995, a encampação consiste na retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização (art. 37) e, caducidade, é uma outra forma de extinção da concessão em virtude de inexecução total ou parcial do contrato, a critério do poder concedente, em hipóteses como: prestação inadequada ou deficiente do serviço e descumprimentos de dispositivos normativos e contratuais (art. 38).

fundamentar o interesse público nas prorrogações contratuais. Dessa feita, a necessidade de aperfeiçoar os indicadores de serviço está na ordem do dia para a regulação do setor ferroviário.

4.2 Projeto da ANTT para a regulação do serviço adequado e os desafios no endereçamento do tema

Considerando que as alterações no marco regulatório do setor ferroviário realizadas nos últimos anos foram orientadas para a ampliação da oferta do serviço, dos investimentos e da concorrência, verifica-se uma lacuna na disciplina da qualidade do serviço prestado. Nesse sentido, a ANTT, por meio de projeto integrante de sua Agenda Regulatória, denominado “Regulamento dos serviços públicos associados ao transporte ferroviário de cargas”, propõe um aperfeiçoamento da regulação do serviço por meio da construção de indicadores de desempenho para todos os requisitos legais de serviço adequado.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a competência da ANTT para regulamentação da matéria tem fundamento no poder normativo das entidades da Administração, especialmente das Agências Reguladoras. No caso do transporte ferroviário, é atribuição da Agência Reguladora regulamentar as normas gerais sobre a prestação do serviço adequado com suporte também na Lei nº 10233/2001 (art. 24, IV), em concretização do fenômeno que a doutrina administrativista denomina deslegalização. Sobre o tema, segue o entendimento de OLIVEIRA (2015):

As normas editadas pelas agências não podem ser classificadas como “autônomas”, fruto de delegação legislativa inominada, pois encontram fundamento na lei instituidora da entidade regulatória que estabelece os parâmetros a serem observados pelo regulador. A prerrogativa normativa das agências funda - se na releitura do princípio da legalidade.

Com a deslegalização, opera-se uma verdadeira degradação da hierarquia normativa (descongelamento da classe normativa) de determinada matéria, que, por opção do próprio legislador, deixa de ser regulada por lei e passa para a seara do ato administrativo normativo. A lei deslegalizadora não chega a determinar o conteúdo material da futura normatização administrativa, limitando - se a estabelecer standards e princípios que deverão ser respeitados na atividade administrativo – normativa.

Apesar de não haver previsão expressa no marco jurídico, verifica-se que a modelagem contratual decorrente da desestatização da RFFSA transferiu para as concessionárias, sob a ótica do serviço, tanto a exploração da infraestrutura quanto a operação ferroviária. Tendo em vista que a prestação do serviço, nos últimos 20 anos,

ocorreu em regime de integração vertical das atividades (espelhando a opção do poder concedente da década de 1990) e, com elevada concentração das empresas participantes no mercado, a regulação da qualidade do serviço, em toda a sua perspectiva, ficou relativizada.

Não obstante, com um direcionamento pela desverticalização, esboçado nas reformas regulatórias dos últimos cinco anos, aliado à necessidade de aferição do interesse público e da vantagem de se promover as prorrogações antecipadas dos contratos de concessão, conforme analisado no Capítulo 3, a regulação do serviço tornou-se imperativa para o desenvolvimento do setor. Nesse sentido a Agência, propõe uma sistematização dos elementos conceituais do serviço de transporte ferroviário de cargas, para, com uma maior clareza de composição, desenvolver indicadores quantitativos dos princípios previstos no art. 6º da Lei nº 8987/1995. A Nota Técnica nº 81/2017/GEROF/SUFER indica os objetivos da intervenção regulatória:

(i) identificação e definição dos serviços associados ao transporte ferroviário de cargas; (ii) qualificação dos serviços prestados em termos de regularidade, eficiência, continuidade, atualidade, generalidade e cortesia/transparência; (iii) indicadores para medição da adequabilidade dos serviços; (iv) padrões mínimos de referência relativos ao serviço adequado; (v) qualificação dos agentes envolvidos na prestação dos serviços de transporte ferroviário de cargas; (vi) direitos e deveres dos agentes; (vii) incentivos para a prestação adequada dos serviços; e (viii) infrações e penalidades relacionadas a prestação de serviços ferroviários de carga.

Em primeiro momento, por meio da Tomada de Subsídios nº 04/2017, a ANTT propõe abordar os elementos conceituais e “definir as dimensões regularidade, eficiência, continuidade, atualidade, generalidade e cortesia/transparência, bem como identificar e conceituar cada um dos serviços associados ao Transporte Ferroviário de Cargas”.

Em síntese, a Agência propõe um aprimoramento conceitual dos requisitos do serviço adequado em relação ao disposto no art. 18 da Resolução ANTT nº 3694/2011 e uma classificação do serviço, com base na formulação técnica de Koolstra, em estudo de 2005, denominado *Transport Infrastructure Slot Allocation*¹⁷. Por esse modelo conceitual, o sistema de transporte ocorre em três camadas essenciais: atividades, serviços de transporte e serviços de tráfego. A partir de adaptações do modelo supracitado à realidade regulatória do Brasil, a ANTT apresenta as seguintes conceituações:

¹⁷ KOOLSTRA, K. *Transport Infrastructure Slot Allocation*. Tese de Doutorado em Planejamento Técnico, Universidade Técnica de Delft, Delft, 2005.

O **serviço de transporte** corresponde à prestação das funções requeridas para o deslocamento de cargas entre dois pontos do espaço, por meio de veículos e num dado período de tempo, excluídas as operações acessórias vinculadas.

As funções intrínsecas relevantes à prestação do serviço de transporte (excluídas as operações acessórias) são as seguintes: i. o deslocamento/transporte da carga; e ii. o roteamento da carga;

Já o **serviço de tráfego** é a prestação de funções necessárias para o deslocamento dos veículos.

Quanto às funções relevantes à prestação do serviço de tráfego, cabe citar o suporte aos veículos (por meio das vias) e o controle de tráfego. O controle de tráfego, por sua vez, contempla as funções discriminadas a seguir: (i) a realização da interface entre o CCO, os dispositivos de via, os equipamentos embarcados e a equipagem; (ii) a realização da interface com o CCO, com os equipamentos embarcados e com a equipagem de outras delegatárias que adentram à malha da delegatária detentora do trecho.

As **operações acessórias** são aquelas complementares ao serviço de transporte. São exemplo de operações acessórias o carregamento, o descarregamento, a manobra, o transbordo e a armazenagem.

Se caracterizam por serem complementares aos serviços citados, por isso, não integram a tarifa ou preço de transporte, sendo remuneradas por meio de preço negociado entre o usuário e o prestador do serviço.

Em um segundo momento, por meio da Tomada de Subsídios nº 13/2018, a ANTT apresenta um conjunto de indicadores de desempenho para cada um dos requisitos legais de prestação do serviço adequado. A existência de falhas de regulação, com destaque para a assimetria de informações entre o regulador e o regulado, acentuada por uma regulação tarifária do tipo *price cap* (definição de teto tarifário) que incentiva a redução dos custos pelas concessionárias, estão entre as justificativas centrais da ANTT para a formulação de um sistema de indicadores de desempenho. Nesse sentido são os excertos da Nota Técnica nº 054/2018/GEROF/SUFER:

Isso porque um sistema de controle de preços como o *price cap* pode gerar incentivos distorcidos às empresas prestadoras de serviço público, uma vez que, na busca por redução de custos e aumento da lucratividade, elas podem comprometer a qualidade do serviço, especialmente se estiverem sujeitas a baixa ou nenhuma concorrência.

Assim, é preciso reduzir as assimetrias; minimizar a possibilidade de manipulação de informações; acompanhar a ação dos prestadores de serviço e adotar medidas que estimulem o alinhamento entre os interesses do Agente e do Principal, precipuamente quanto à busca pela qualidade do serviço prestado.

A insuficiência dos parâmetros atuais de serviço adequado, expressa pelas metas de produção e segurança, também endossam a fundamentação da Agência para justificar o projeto regulamentar, conforme o trecho:

Os Contratos de Concessão atuais relativos à Prestação do Serviço de Transporte Ferroviário de Cargas, estabeleceram indicadores de produção e segurança, bem como suas respectivas metas, as quais devem ser cumpridas pelas concessionárias, sob pena de aplicação de penalidades. Contudo, a evolução contratual, a experiência adquirida pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT com sua gestão e acompanhamento e a necessidade de incorporar novas e melhores práticas regulatórias apontam para a necessidade de um aprimoramento desse modelo. É preciso ampliar a abrangência da estrutura de indicadores existente e incorporar mais dimensões que possibilitem um melhor diagnóstico do serviço prestado e a adoção de estratégias regulatórias cada vez mais efetivas. Cumpre destacar que a ANTT, órgão regulador do setor ferroviário de cargas, tem envidado esforços para aprimorar o mecanismo de controle da atuação dos seus regulados e viabilizar serviços de qualidade para os usuários.

Outro ponto relevante sobre a formulação de indicadores é o foco na qualidade do serviço em si. Isoladamente, os aspectos técnicos da via férrea e da operação não fazem sentido, devendo ser ponderados sob a ótica do atendimento aos beneficiários diretos e indiretos da prestação do serviço, ou seja, usuários e sociedade em geral. Com base nesses aspectos, a ANTT propôs indicadores quantitativos para os atributos de atualidade, continuidade, generalidade, pontualidade, regularidade, transparência na gestão, eficiência, e segurança, com dados obtidos a partir de certificação especializada.

O projeto regulatório da ANTT está em fase inicial de elaboração, tendo sido submetido a procedimentos de participação social para obtenção de informações preliminares, dependendo, portanto, de maior maturação dos aspectos normativos e de análise de impacto regulatório. A consecução do projeto é relevante para corroborar a melhoria da regulação do serviço de transporte ferroviário, trazendo métricas objetivas e padronizadas seja da exploração e gestão da infraestrutura, seja para a operação.

Não obstante, sua construção não supre, ou não o faz integralmente, no que se refere à disciplina dos elementos que compõem o transporte ferroviário de cargas. Isso porque, o órgão regulador, por força da reserva legal, deve atuar nos limites da lei, a fim de esmiuçar seus elementos e conferir tratamento técnico. Para a efetividade desse exercício do poder regulamentar, é preciso que os elementos legais estejam adequadamente postos; todavia, há insubsistências no marco jurídico infraconstitucional do setor, especialmente, sobre os elementos que compõem o serviço de transporte ferroviário que carregam fragilidades para o marco infralegal e contribuem com a insegurança jurídica. Nesse cenário, destaca-se a demanda por um regramento de *status* jurídico apropriado, conforme preconiza PINHEIRO (2017):

A falta de um regulador independente preexistente, dotado de autonomia técnica, financeira e administrativa, bem como de um arcabouço jurídico de antemão delimitado, por meio de mecanismos estáveis, colaborando para manter as regras do jogo e, desse modo, para a segurança jurídica do setor, revelam uma falha estrutural que acometeu a maior parte dos setores de infraestrutura, inclusive o ferroviário: a falta de um sequenciamento adequado, no qual a privatização fosse antecedida por uma reforma regulatória setorial.

Dentre as iniciativas legislativas para disciplinar o setor, destaca-se o Projeto de Lei do Senado Federal nº 261, de 2018, do Senador José Serra, que dispõe sobre a exploração indireta, pela União, do transporte ferroviário em infraestruturas de propriedade privada. Trata-se de proposição que se aproxima do modelo de ferrovias privadas adotado nos Estados Unidos e adota um pressuposto distinto para o transporte ferroviário: enquadra-o juridicamente como atividade econômica, a ser exercida em caráter privado, mediante autorização administrativa e não como serviço público, submetido ao regime jurídico de direito administrativo.

Abstraindo-se o debate sobre a constitucionalidade da proposição ou mesmo sobre a coexistência dos modelos jurídicos (impactos na interoperabilidade e regras intertemporais para as concessões vigentes), fica evidenciado a necessidade de uma solução jurídica consistente para o setor, e coerente com a natureza econômica da atividade, a fim de criar um ambiente propício ao investimento privado. Essa reflexão consta em FELIX (2018):

A exploração do setor ferroviário, contudo, no plano infraconstitucional continua restrita ao interesse do poder público, que pode exercê-lo diretamente por meio de seus órgãos ou indiretamente mediante concessão a entidades do próprio poder público ou a empresas privadas. Essa restrição impede a plena atividade econômica no setor ferroviário. Novos ramais economicamente viáveis não podem ser explorados por iniciativa do mercado privado, porque, simplesmente, a livre atividade econômica não goza de nenhuma segurança jurídica no plano infraconstitucional. (pag. 54)

A União, apesar dos avanços recentes, tem usado com parcimônia a faculdade de conceder, permitir e autorizar os serviços de transportes ferroviário pelo setor privado, embora o setor privado, em geral, tenha investido mais e melhor que a União nas áreas de infraestrutura de transportes ferroviário. Mesmo com os investimentos privados, o Brasil, entre os países em desenvolvimento, tem sido o que menos investe em empreendimentos de infraestrutura de transportes. Parte da falta de investimento privado em parcerias (concessões, permissões ou autorizações) é resultado do elevado grau de insegurança jurídica no setor ferroviário. (pag. 56)

Dessa forma, verifica-se que os desafios de melhoria da regulação do serviço ferroviário são significativos, demandando a atuação do regulador no sentido de detalhar os elementos legais da prestação adequada e fazê-lo de forma consentânea com os princípios de melhoria da regulação (adoção de indicadores e métricas), não suprimindo, contudo, lacunas de ordem supralegal no que diz respeito à composição material do serviço público de transporte ferroviário de cargas.

CONCLUSÃO

Conforme abordado nas seções antecedentes, o transporte ferroviário é caracterizado, formalmente, a partir do texto constitucional de 1988, como serviço público. Considerando a opção do Estado pela sua prestação indireta, outorgada à iniciativa privada, por meio de contrato de concessões simples, aplica-se o disposto no art. 175, parágrafo único, V, da CF/1988 e a Lei nº 8987/1995, ou seja, o dever de adequada prestação. Apesar da clareza sobre o regime jurídico aplicável ao instituto jurídico em questão, existem complexidades de ordem técnica não adequadamente endereçadas no marco legal que demandam a atuação regulatória.

No que toca ao marco jurídico e regulatório do serviço público de transporte ferroviário de cargas, existem limitações relativas à disciplina do serviço adequado, nesse caso, considerando como o indicador básico de qualidade do serviço. Os indicadores adotados no cenário jurídico posto, quais sejam (metas de produção e segurança), são limitados: não abrangem todas as dimensões do serviço (gestão da infraestrutura e operação ferroviária) e não mensuram todos os requisitos previstos no art. 6º da Lei de Concessões e Permissões. Esse cenário impacta a qualidade da regulação e corroboram a insegurança jurídica do setor.

Quando se analisa o marco jurídico do setor ferroviário, não se verificam remissões objetivas aos “serviços de transporte ferroviário” citadas na CF/1988. O RTF, principal normativo específico do setor, prevê, em seu art. 2º, que “a construção de ferrovias, a operação ou exploração comercial dos serviços de transporte Ferroviário poderão ser realizadas pelo Poder Público ou por empresas privadas, estas mediante concessão da União”. Ou seja, poderiam ser transferidas às concessionárias atividades de construir, operar e explorar comercialmente ferrovias; contudo, não fica claro a delimitação de cada uma dessas atividades e o respectivo enquadramento jurídico.

Sabe-se que o formato escolhido por ocasião da desestatização da malha ferroviário na década de 1990, outorgando a um único operador a exploração vertical da malha, com a prestação de todos os serviços inerentes, em um primeiro momento, afigurava-se essencial para a recuperação do setor, permitindo focar na ampliação da produção, na maior eficiência operacional e na redução de custos gerenciais (que eram muito elevados sob a gestão da RFFSA). Não obstante, ao longo de mais 20 (vinte) anos de concessões, esse modelo verticalizado do setor se intensificou e não foi acompanhado da ampliação do serviço e de uma regulação eficiente e eficaz de sua qualidade.

Adicionalmente, deve-se considerar características intrínsecas do setor ferroviário que reforçam a exigência da regulação de serviço: inexistência de concorrência na prestação (caracteriza-se como indústria de rede e monopólio natural), a relevância estratégica para a exportação de *commodities* agrícolas e minerais, significativa verticalização dos serviços pelas concessionárias, concentração de exploração em grupos econômicos, dentre outros.

Nesse período, a principal inovação relativa ao transporte foi a formulação de uma política de livre acesso com adoção de desverticalização. Foram editadas normas para viabilizar esse modelo (a principal delas, o Decreto n.º 8129/2013), especialmente para ferrovias a serem concedidas. Não obstante, referida política sofreu alteração de formato, com a retirada do papel institucional da Valec, mas, com a manutenção do OFI, como autorizatário da prestação do transporte ferroviário independentemente de exploração da infraestrutura.

Essas mudanças normativas e de política pública produziram impactos e atrasos nos últimos 5 (cinco) anos da regulação do setor que, além de sinalizar imprevisibilidade, gerar insegurança jurídica e cercear investimentos, não atacou as principais necessidades, permanecendo a baixa legitimidade normativa, a ausência de disciplina de aspectos do serviço de transporte ferroviário e a insubsistência sobre aspectos de prestação adequada do serviço.

Considerando a densidade normativa mitigada do setor, especialmente no que se refere à delimitação do transporte ferroviário, serviços que os compõem (atividades essenciais e acessórias), regras sobre a interoperabilidade (tráfego mútuo e direito de passagem), gestão dos bens públicos que compõem a infraestrutura (bens inservíveis e faixa de domínio), projetos que envolvam receitas alternativas, gestão da capacidade da via e sua transferência em caso de ociosidade, contribuem para a complexidade da regulação setorial visto que transferem um maior espectro de atribuições à Agência Reguladora e poucos elementos que possam nortear sua atuação.

Na pendência de uma disciplina normativa sistemática, compete ao regulador encontrar mecanismos de atuação, a partir da interpretação teleológica do marco jurídico e com a observância da legalidade e da segurança jurídica. A melhoria na disciplina regulatória sobre a delimitação do serviço de transporte pode impactar positivamente nas operações de compartilhamento de infraestrutura (tráfego mútuo e do direito de passagem), a relação jurídica entre concessionárias e OFI, entre este e usuários do serviço,

regulação tarifária (clareza sobre a composição da tarifa a partir das atividades materiais desempenhadas), dentre outros.

Portanto, o debate sobre a caracterização do serviço e a regulamentação da prestação adequada ganha relevância em um contexto socioeconômico de baixo investimento em infraestrutura de transporte, especialmente no setor ferroviário. O aperfeiçoamento da regulação do serviço aumenta a segurança jurídica no setor e permite avançar em temas relevantes como prorrogação antecipada dos contratos de concessão e encerramento do contrato antes do prazo final (hipóteses de encampação e caducidade).

Desde as reformas regulatórias de 2011, promovidas pela ANTT, verifica-se uma busca pela qualidade da regulação, fomentando mecanismos de maior integração (meio de tráfego mútuo e direito de passagem), competição (política de desverticalização e criação do OFI) e de defesa do usuário (usuário dependente da ferrovia e do investidor), dentre outros.

A regulação por meio de indicadores se insere na tendência de buscar menos regras e mais eficiência: trata-se de sistema que permite maior simplificação e padronização. A busca de uma regulação menos sancionatória e mais indicativa está alinhada ao direcionamento de uma Administração Pública mais eficiente. Sobre esse ponto, destaca-se a lição de OLIVEIRA (2015):

Constata-se, no entanto, uma virada importante nesse debate, com a substituição da intensidade pela qualidade da regulação (*better regulation*). Em vez de menos regulação, o ponto central da discussão atual é a efetivação da melhor regulação. Nesse sentido, Susan Rose-Ackerman propõe uma nova agenda pública para reformar e não para dismantelar o Estado regulador, buscando melhorar a responsabilidade dos agentes políticos e os desenhos dos programas públicos.

Dessa forma, o debate sobre a regulação do serviço de transporte ferroviário por meio de indicadores de desempenho é uma contribuição importante para a evolução do setor, seja no âmbito da atuação da ANTT, seja na formulação de políticas públicas e na produção legislativa. Os desafios de continuidade do tema são significativos, especialmente sob a ótica da implementação e gestão de um sistema de indicadores de desempenho, tais como, análise do impacto regulatório, reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, gestão de dados para o sistema de indicadores, mitigação da assimetria de informações, certificação dos dados, publicidade das informações, dentre outros.

O presente trabalho analisou a estado da arte da regulação do serviço público de transporte ferroviário de cargas no Brasil, a partir do recorte histórico da desestatização da década de 1990 até as alterações normativas legais e infralegais mais recentes, com vistas a focalizar a caracterização jurídica desse serviço público, em gestação da infraestrutura e operação ferroviária. A partir da colocação do problema da (in)adequação dos instrumentos normativos de regulação do serviço adequado, por meio de metas de produção e segurança, ponderou-se, em cenário propositivo, sobre a pertinência da regulação por indicadores de desempenho para o serviço adequado.

Dessa forma, o presente estudo buscou contribuir, em caráter preliminar, para o relevante debate sobre a regulação do serviço de transporte ferroviário de cargas: sem embargos dos significativos desafios que cercam a formulação e consolidação de um projeto regulatório para a construção de indicadores do serviço adequado, a evolução desse debate pode contribuir com a qualidade e eficiência na regulação do setor, fomentando a atuação de reguladores, gestores, controladores e legisladores.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 4.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BRASIL. Agência Nacional de Transporte Terrestres - ANTT. Audiência Pública nº 15/2017. Submete à Audiência Pública a proposta de Revisão da Resolução ANTT nº 3.696, de 14 de julho de 2011, tema integrante da Agenda Regulatória ANTT 2017/2018, Eixo temático 4. Disponível em: <http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/52747.html>. Acesso em 04 mar. 2019.

———. Agência Nacional de Transporte Terrestres – ANTT. Nota Técnica nº 81/2017/GEROF/SUFER/ANTT. Documento integrante da Tomada de Subsídios nº 04/2017. Disponível em: <http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/52229.html>. Acesso em 10 mar. 2019.

———. Agência Nacional de Transporte Terrestres – ANTT. Nota Técnica nº 54/2018/GEROF/SUFER/ANTT. Documento integrante da Tomada de Subsídios nº Tomada de Subsídios nº 13/2018. Disponível em: <http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/54179.html>. Acesso em 10 mar. 2019.

———. Agência Nacional de Transporte Terrestres - ANTT. Resolução nº 3.694, de 14 de julho de 2011. Aprova o Regulamento dos Usuários dos Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas. Disponível em: http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/4694/Resolucao_n_3694.html. Acesso em 04 mar. 2019.

———. Agência Nacional de Transporte Terrestres - ANTT. Resolução nº 3.695, de 14 de julho de 2011. Aprova o Regulamento das Operações de Direito de Passagem e Tráfego Mútuo, visando à integração do Sistema Ferroviário Nacional. Disponível em: http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/4695/Resolucao_n_3695.html. Acesso em 04 mar. 2019.

———. Agência Nacional de Transporte Terrestres - ANTT. Resolução nº 3.696, de 14 de julho de 2011. Aprova o Regulamento para pactuar as metas de produção por trecho e metas de segurança para as concessionárias de serviço público de transporte ferroviário de cargas. Disponível em: http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/4696/Resolucao_n_3696.html. Acesso em 04 mar. 2019.

———. Agência Nacional de Transporte Terrestres - ANTT. Resolução nº 4.348, de 05 de junho de 2014. Aprova o Regulamento do Operador Ferroviário Independente - OFI para a Prestação do Serviço de Transporte Ferroviário de Cargas Não Associado à Exploração da Infraestrutura Ferroviária. Disponível em: http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/33794/Resolucao_n_4348.html. Acesso em 04 mar. 2019.

———. Agência Nacional de Transporte Terrestres - ANTT. Resolução nº 5831, de 23 de outubro de 2018. Regulamenta o Estabelecimento, a Revisão e a Apuração das Metas de Produção e das Metas de Segurança das Concessionárias que exploram a Infraestrutura e o Serviço Público de Transporte Ferroviário de Cargas. Disponível em: http://www.in.gov.br/web/guest/materia//asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/47

[328782/do1-2018-10-26-resolucao-n-5-831-de-23-de-outubro-de-2018-47328618](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2018-2019/2018/Decreto/D831.htm).

Acesso em 04 mar. 2019.

———. Agência Nacional de Transporte Terrestres – ANTT. Tomada de Subsídios nº 04/2017. Tomada de Subsídio que tem como objetivo receber contribuições referente ao tema: "Regulamento dos serviços associados ao transporte ferroviário de cargas: elementos conceituais." Disponível em: <http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/52229.html>. Acesso em 04 mar. 2019.

———. Agência Nacional de Transporte Terrestres – ANTT. Tomada de Subsídios nº 13/2018. Tomada de Subsídio referente ao tema "Regulamento dos serviços associados ao transporte ferroviário de cargas: indicadores". Disponível em: <http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/54179.html>. Acesso em: em: 04 mar. 2019.

———. Contrato de Concessão da Malha Sudeste assinado entre a União Federal e a MRS Logística S.A. Brasília, 1996. Disponível em: http://www.antt.gov.br/ferrovias/arquivos/MRS_Logistica_SA.html. Acesso em: em: 24 mar. 2019.

———. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 fev. 2019.

———. 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. Brasília: 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0473.htm Acesso em: 21 fev. 2019.

———. Decreto nº 1.832, de 4 de março de 1996. Aprova o Regulamento dos Transportes Ferroviários. Brasília: 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1832.htm. Acesso em: 21 fev. 2019.

———. Decreto nº 1945, de 28 de junho de 1996. Dispõe sobre a Comissão Federal de Transportes Ferroviários - COFER e dá outras providências. Brasília: 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1945.htm. Acesso em: 21 fev. 2019.

———. Decreto nº 8129, de 23 de outubro de 2016. 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. Brasília: 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8129.htm. Acesso em: 21 fev. 2019.

———. Decreto nº 8875, 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. Brasília: 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8875.htm. Acesso em: 21 fev. 2019.

———. Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 752, de 24 de novembro de 2016. EMI nº 00306/2016 MP MTPA. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-752-16.pdf. Acesso em 10 mar. 2019.

———. 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, Brasília, DF, fev. 1995. Brasília: 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987compilada.htm. Acesso em: 21 fev. 2019.

———. Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Brasília: 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9074cons.htm. Acesso em: 21 fev. 2019.

———. Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília: 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9491.htm. Acesso em: 21 fev. 2019.

———. Lei n.º 10.233/2001, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências. Brasília: 2001. Brasília: 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10233.htm. Acesso em: 21 fev. 2019.

———. Lei n.º 12.743, de 19 de dezembro de 2012. Altera as Leis nº 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. Brasília: 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12743.htm. Acesso em: 21 fev. 2019.

———. Lei nº 13448, de 05 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. Brasília: 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13448.htm. Acesso em: 21 fev. 2019.

———. Medida Provisória nº 752, de 24 de novembro de 2016. Dispõe sobre diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria que especifica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv752.htm. Acesso em 10 mar. 2019.

———. Projeto de Lei do Senado nº 261, de 2018. Dispõe sobre a exploração indireta, pela União, do transporte ferroviário em infraestruturas de propriedade privada; autoriza a autorregulação ferroviária; disciplina o trânsito e o transporte ferroviário; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 9.503, de 23 de setembro de

1997, 10.233, de 5 de junho de 2001, 12.379, de 6 de janeiro de 2011; e dá outras providências. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133432>. Acesso em: 21 fev. 2019.

CALDEIRA, Thiago Costa Monteiro. **Indicador de desempenho global das distribuidoras de energia elétrica**. 2013. 134f. Dissertação (Mestrado em Regulação e Gestão de Negócios). Universidade de Brasília – UnB.

DAYCHOUM, Mariam Tchepurnaya; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência no setor ferroviário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DEPINÉ, Flávia Della Coletta. **Concessão de rodovias: modalidades e formas de remuneração do concessionário**. 2010. 185p. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP.

DURÇO, Fábio Ferreira. **A Regulação do setor ferroviário brasileiro: monopólio natural, concorrência e risco moral**. 2011. 111f. Dissertação (Mestrado em Economia). Fundação Getúlio Vargas- FGV.

FELIX, Marcos Kléber Ribeiro; FILHO, João Trindade Cavalcanti. **Marco normativo do setor ferroviário brasileiro: caminhos para superação da insegurança jurídica e regulatória**. Senado Federal. Brasília: 2016.

FELIX, Marcos Kléber Ribeiro. **Exploração de infraestrutura ferroviária: lições de extremos para o Brasil**. 2018. 162p. Dissertação (Mestrado em Transportes). Universidade de Brasília.

GONZAGA, Roger Santos. O novo regime de exploração de transportes ferroviários de cargas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; PEREIRA, Anna Carolina Migueis; LISBOA, Letícia Lobato Anicet (Coords.). **Regulação e infraestrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Parecer sobre as propostas de alteração do marco regulatório do transporte ferroviário de cargas – 2011**. Curitiba, 2011. Disponível em: http://appweb2.antt.gov.br/acpublicas/apublica2011-117/Anexo_9_117_2011.pdf. Acesso em: 04 mar.2019

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **“Monopólio” e “serviço público” nas Constituições brasileiras (1891-1934)**. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, v. 256, p. 47-93, jan./abr. 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Serviço público e concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2017.

MUELLER, Bernardo. **Teoria Política Positiva da Regulação**. Dep. Economia – Universidade de Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.angelfire.com/ky2/mueller/resenha.pdf>. Acesso em: 04 mar.2019

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal - Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Thertison Teixeira de. **A análise de impacto regulatório como instrumento mitigador do risco de captura no processo de renovação antecipada do contrato de concessão da América Latina Logística Malha Paulista :uma análise sob a ótica da teoria política positiva da regulação.** 2018. 114p. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Desenvolvimento). Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Regulação das Ferrovias.** Rio de Janeiro: Editora FGV: FGV, IBRE, 2017.

POPERMAYER, Fabiano M., NETO, Carlos A. S. Campos e SOUSA, Rodrigo Abdala F. **Considerações sobre os marcos regulatórios do setor ferroviário brasileiro – 1997-2012.** Nota Técnica Ipea n° 6, dezembro, 2012. Disponível em: http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/121206_notatecnicadiset06.pdf Acesso: 11 mar. 2019.