



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria de Acompanhamento Econômico
Coordenação-Geral de Transportes e Logística

Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias n.º 10 /2007 COGTL/SEAE/MF

Brasília, 20 de dezembro de 2007.

Assunto: Manifestação SEAE sobre a Audiência Pública n.º 67/2007, que propõe critérios para exploração de faixa de domínio vinculada à prestação de serviços de transporte ferroviário.

1. Introdução

O presente Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias tem como objetivo apresentar o posicionamento desta Secretaria de Acompanhamento Econômico sobre a Audiência Pública n.º 67/2007, realizada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. A referida Audiência objetiva colher subsídios à Proposta de Resolução que estabelece critérios e procedimentos sobre a exploração da faixa de domínio, vinculada à prestação dos serviços públicos federais de transportes ferroviários.

A manifestação desta Secretaria visa a complementar a proposta apresentada pela Agência apontando eventuais melhorias de conteúdo que sejam conducentes a um ambiente regulatório mais eficiente e pró-concorrencial. Por conseguinte, não serão discutidos aqui considerações de caráter técnico, para os quais a Agência detém indiscutível expertise.

2. Da Proposta de Resolução

Segundo a minuta de Resolução apresentada pela ANTT, entende-se como faixa de domínio a faixa de terreno em que se localizam as vias férreas e demais instalações da ferrovia, inclusive os acréscimos necessários à sua expansão. A faixa de domínio é parte integrante do Contrato de Concessão e como tal é qualificado como bem operacional passível de exploração pelo Concessionário. Dessa forma, mesmo que não obrigado, é facultado ao Concessionário o direito de exploração das áreas de domínio para desenvolvimento de atividades associadas à prestação do seu objeto social ou projetos associados, mediante autorização prévia do Poder Concedente.

Não obstante os direitos contratuais à exploração das faixas de domínio, fica o Concessionário obrigado a zelar pela integridade das áreas de domínio, conforme normas técnicas específicas e que assegurem as perfeitas condições de funcionamento das linhas férreas, até o seu retorno à Concedente.

Sob a luz destes preceitos a minuta de Resolução estabelece detalhadamente os critérios e procedimentos para a exploração das áreas supracitadas. Dentre as disposições da minuta, destacam-se as seguintes:

Art. 2º. Fica estabelecida como extensão mínima obrigatória da faixa de domínio a faixa de terreno demarcada pela distância de 5 (cinco) metros além das linhas offset ou, na falta destas, por linhas imaginárias, paralelas ao eixo da via, situadas, em ambos os lados, distando 6m (seis metros) a partir dos trilhos externos ao conjunto da via. (...)

Art. 3º. Compete a Concessionária a exploração da faixa de domínio que integra a infraestrutura vinculada ao Contrato de Concessão. (...)

Art. 6º. A Concessionária deverá manter atualizadas as informações cadastrais relativas à faixa de domínio, por trechos, sob sua responsabilidade, que permitam o controle e acompanhamento de situação da ocupação territorial, com destaque para as informações que identifiquem e classifiquem as utilizações de acordo com o art. 7º, incluindo aquelas sobre as eventuais invasões e as travessias não autorizadas. (...)

Art. 7º. A exploração e utilização da faixa de domínio pela Concessionária ou, com anuência desta, por terceiros, será sempre autorizada previamente pela ANTT, no prazo de 90 (noventa) dias, a contar da entrega da documentação definida. (...)

Art. 13. A Concessionária deverá preservar a faixa de domínio por meio de cercas, muros ou outras formas de isolamento e/ou pela vigilância adequada, especialmente em trechos urbanos, restringindo o trânsito de pessoas estranhas ao serviço e de animais, visando à segurança e a eficiência operacional da ferrovia.

3. Das Considerações da SEAE

A proposta de Resolução de que trata este Parecer, quando adotada em definitivo, representará avanço significativo em matéria que até o presente momento abarca elevado grau de insegurança regulatória. Não obstante, esta SEAE observa a possibilidade de aprimoramento do texto de acordo com as seguintes considerações:

3.1. Da exploração das faixas de domínio por terceiros

Conforme observado, o Artigo 7º da minuta em questão exige autorização prévia da ANTT para que exista exploração ou utilização da faixa de domínio pelo Concessionário ou, com anuência desta, por *terceiros* interessados em tal atividade. Decorre do texto que o Concessionário poderá celebrar contratos com terceiros de modo a explorar as potencialidades econômicas e operacionais das faixas de domínio. Não há, no entanto,

maior detalhamento quanto às relações jurídicas decorrentes de tais contratos. Dois grandes grupos de questionamentos podem, *a priori*, ser identificados: a) quanto à duração dos contratos celebrados com terceiros e; b) quanto às relações jurídicas entre agentes públicos e privados decorrentes de tais contratos.

3.1.1. Da duração dos contratos com terceiros

A permissão de contratação de terceiros para a exploração das faixas de domínio pode implicar em negociação de contratos de longo prazo entre entes privados, ou seja, entre o Concessionário e terceiras partes, o que, não obstante induz a um maior grau de eficiência nas operações, poderá entrar em conflito com o prazo final da concessão. De acordo com o modelo contratual celebrado entre o Poder Concedente e os concessionários de transporte ferroviário, as concessões têm duração de trinta anos, prorrogáveis por um limite máximo de outros trinta anos caso haja interesse manifesto das partes envolvidas.¹ Caso não exista interesse de uma das partes, dar-se-á início a novo processo licitatório, acerca do qual não nos é possível, neste momento, discernir as características principais. Sob a ótica de outros agentes privados com interesse no novo processo de licitação, a proliferação de sub-contratos de diversas maturidades poderá alterar os cálculos de fluxo financeiro ao longo do período a ser concedido. Em consequência, a precificação de ativos durante o processo licitatório poderá ser afetada, em prejuízo do Poder Concedente e da qualidade dos serviços prestados aos usuários.

Dessa forma, deverão os contratos privados referentes à exploração das faixas de domínio apresentar maturidade convergente à da concessão original. O objetivo de tal medida é, por um lado, resguardar ao Poder Público a capacidade de formulação de políticas regulatórias quando findo o período da concessão e, por outro, permitir maior segurança jurídica aos agentes privados em um eventual novo processo licitatório.

3.1.2. Da segurança jurídica nos contratos com terceiros

A minuta de Resolução apresentada, por meio de seu Art. 7º, restringe-se a demandar anuência prévia da ANTT para a exploração e utilização da faixa de domínio pelo Concessionário ou, com a aquiescência desta, por terceiros. Com relação à exploração direta pelo Concessionário, as relações jurídicas estabelecidas entre o Poder Concedente e o Concessionário já encontram-se previstas no contrato de concessão e na minuta de Resolução por hora analisada. Quanto à exploração por terceiros, não há nos contratos de concessão nem tampouco na minuta de Resolução instrumentos que assegurem maior clareza quanto aos efeitos jurídicos estabelecidos entre as três partes, a saber: o Poder Concedente, o Concessionário e o agente privado contratado para explorar as faixas e domínio.

A comparação com setores que apresentam um arcabouço regulatório mais maduro indica a necessidade de maior previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos de tais contratos acessórios. A feita dos editais de licitação do chamado segundo lote de concessões

¹ Ressalva deve ser feita ao contrato de concessão da Ferronorte, que prevê prazo de concessão de noventa anos, prorrogável por igual período.

rodoviárias espelha tal percepção ao clarificar as relações jurídicas advindas da contratação de terceiros para o desenvolvimento e a execução de atividades inerentes, acessórias ou complementares à concessão. Entre as cláusulas dos editais de concessão, são ilustrativas as seguintes:

(...)

16.38 Incumbirá à Concessionária a execução das obras e dos serviços concedidos, direta ou indiretamente.

16.39 A Concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento e a execução de atividades inerentes, acessórias ou complementares à Concessão, bem como a implementação de projetos associados.

16.40 Os contratos celebrados entre a Concessionária e os terceiros a que se refere o item 16.39 se regerão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e a ANTT.

16.41 A execução das atividades contratadas com terceiros não exime a Concessionária do cumprimento das normas regulamentares da Concessão.(...)

Conforme exposto, esta SEAE sugere que sejam incluídos no texto da Resolução dispositivos que confirmem maior segurança jurídica com relação aos contratos celebrados entre o Concessionário e outros agentes privados. Tal medida visa a clarificar o regime jurídico essencialmente privado destes contratos, mantendo intactas as obrigações do Concessionário para com o Poder Concedente.

3.2. Da reversão das receitas acessórias em favor do princípio de modicidade tarifária

Conforme observado, a minuta de Resolução de que trata este Parecer estabelece os direitos e deveres do Concessionário no que se refere à exploração comercial das faixas de domínio. No entanto, não há referências no texto a eventuais repasses de parcela dos ganhos em receitas acessórias aos usuários, em especial via minoração dos reajustes anuais, os quais devem receber anuência da ANTT.

Note-se que já na Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, fica estabelecida a vinculação entre eventuais receitas alternativas ou acessórias ao favorecimento da modicidade tarifária, como se segue:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

É papel das Agências Reguladoras incentivar o desenvolvimento de atividades adicionais e complementares à razão social da Concessão. Tais atividades têm o condão de melhorar a alocação de recursos, introduzir melhorias operacionais e incrementar o padrão de eficiência em que operam os Concessionários. Note-se porém que, como atesta a Lei Geral de Concessões mencionada acima, eventuais ganhos de produtividade devem ser repassados, ao menos em parte, aos usuários dos serviços prestados. Se, por um lado, é dever do Poder Concedente garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, no que lhe cabe, por outro, o mesmo deve cuidar para que os ganhos de produtividade sejam repassados aos demais atores privados, permitindo transferência intersetorial dos incrementos observados em eficiência produtiva.

Nos moldes contratuais existentes, há dois institutos que permitem a alteração do padrão tarifário aplicado pelo Concessionário à prestação de serviço público, quais sejam: o reajuste e a revisão.

O reajuste “consiste numa modalidade de indexação dos preços contratuais, submetendo-os a variação periódica e automática correspondente à flutuação de índices predeterminados”². Dessa forma, busca-se com o reajuste preservar o valor das tarifas inicialmente estabelecidas em contrato, por meio de um índice que reflita a variação geral dos preços na economia. Trata-se, portanto, de mera atualização do valor da tarifa inicial.

Por outro lado, a revisão consiste na análise dos custos e receitas do concessionário/permissionário para que se averigüe eventual quebra de equilíbrio econômico-financeiro, podendo resultar em aumento ou diminuição da tarifa, conforme o resultado. Visa, portanto, a restaurar a equação de equilíbrio econômico-financeiro estabelecida pelas partes, porém defasada por circunstâncias intrínsecas ou extrínsecas ao negócio. Quaisquer eventos que alterem o fluxo financeiro do concessionário/permissionário e que resultem em desequilíbrio para o empresário ou para o Poder Concedente podem motivar a realização de uma revisão contratual. O instituto jurídico da revisão encontra respaldo legal na Lei n° 8.666/93, da forma como se segue:³

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...)

II - por acordo das partes: (...)

d) para restabelecer a relação que as parte pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobreviverem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual.

² Justen Filho, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p.403.

³ É importante considerar que o reequilíbrio econômico-financeiro deverá ficar ao encargo daquele agente detentor do risco. Para tanto, é importante a observação das cláusulas de alocação de riscos nos contratos de concessão e de permissão.

Nesse sentido, a aplicação do instituto da revisão se presta a salvaguardar tanto o interesse dos entes privados – que devem requerer restabelecimento de equilíbrio econômico-financeiro caso fato extraordinário implique em alteração dos termos iniciais – , quanto dos usuários – que devem partilhar de eventuais ganhos de produtividade não previstos no momento da assinatura do contrato. Dessa forma, e em função da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, processos de revisão contratual podem resultar em aumento ou diminuição da tarifa cobrada⁴.

O tratamento dispensado às receitas acessórias ou receitas extraconcessão já vem sendo objeto de deliberação por diversas instâncias regulatórias. Nos editais de licitação do segundo lote de concessões rodoviárias a ANTT demonstrou preocupação com a forma de exploração e o destino das tais receitas acessórias. O texto dos editais é claro em vincular parcela da receita com atividades acessórias à modicidade tarifária, como se segue:

7.2. Constituem receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados quaisquer receitas da Concessionária não advindas do recebimento de pedágio ou de aplicações financeiras (...).

7.3. A exploração dessas fontes de receitas dependerá, em cada caso, da prévia autorização da ANTT. (...)

7.5. A concessionária terá direito à apropriação de 15% (quinze por cento) das receitas alternativas oriundas de projetos associados ou gerador de receitas alternativas à título de ressarcimento dos custos.

7.6. Anualmente, a ANTT aferirá as receitas arrecadadas, deduzidas dos impostos, nos projetos associados ou geradores de receitas alternativas e promoverá o ajuste do Fluxo de Caixa da Concessionária, por ocasião das Revisões Ordinárias. (...)

7.8. A utilização e exploração da faixa de domínio pela Concessionária estarão sujeitas à prévia autorização pela ANTT, conforme disposto em sua regulamentação. (...)

7.11. A utilização e exploração da faixa de domínio do Lote Rodoviário pela Concessionária estarão sujeitas aos preceitos regulamentares da ANTT, devendo suas receitas propiciar a modicidade tarifária, conforme disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995 e neste Contrato. (...)

No mesmo sentido da Agência Reguladora central, outras instâncias também têm se pronunciado com relação à destinação das rendas acessórias. Conforme observado no Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias n.º 002/2007 COGTL/SEAE/MF, a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, a CSPE – Comissão de Serviços Públicos do Estado de São Paulo e a ASEP-RJ – Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro têm elaborado metodologias diferentes com o intuito assegurar a transferência de parcela das receitas acessórias em favor do princípio de modicidade tarifária⁵. Por exemplo, a ANEEL estabelece que enquanto a metodologia que adota

⁴ A discussão completa acerca dos institutos jurídicos de revisão e reajuste pode ser encontrada no Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias n.º 001/2006 COGTL/SEAE/MF.

⁵ Documentos Relacionados: a) NT 127/2003/SRE/ANEEL – Anexo VI; b) NT nº1 CSPE de 2003 – Metodologia para a Revisão Tarifária das Concessionárias de Gás Canalizado – Anexo V; c) Revisão Tarifária Quinquenal da Concessionária OPPORTRANS SA – Relatório Final

distribuição de ganhos entre a empresa regulada e os usuários dos serviços não tiver sido devidamente formalizada, deve-se adotar um percentual fixo das receitas extraconcessão para o efeito de modicidade tarifária. Como consequência, estabeleceram a Eletropaulo e a Escelsa percentuais que variam entre 1% e 2% da receita extraconcessão para efeito de modicidade tarifária. Adotando o mesmo direcionamento, no transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros o coeficiente tarifário que remunera o setor contém um fator redutor de 1,16%, relativo ao transporte de encomendas, enquanto receita acessória. Esse redutor é aplicado ao cálculo da variação de custos no período de apuração do reajuste tarifário.

Entende-se que a Resolução em análise deve incorporar mecanismos de incentivo à eficiência econômica que beneficiem tanto a concessionária quanto aos usuários dos serviços ferroviários. Em atenção a estes preceitos, o texto deverá a um só tempo estimular a exploração comercial das faixas de domínio e contribuir para a salvaguarda do princípio da modicidade tarifária.

4. Considerações Finais

A proposta de Resolução apresentada pela ANTT representa avanço no marco regulatório do setor ferroviário nacional. A exploração das faixas de domínio pode, potencialmente, incrementar a eficiência operacional dos Concessionários e, conseqüentemente, apresentar benefícios ao Poder Público e aos usuários. A Resolução define claramente as áreas a serem exploradas; estabelece direitos dos Concessionários com relação a temas problemáticos como desapropriações e desobstruções das vias; assim como clarifica as obrigações dos incumbentes para com a manutenção das condições de funcionamento e conservação das faixas de domínio.

Há, no entanto, melhorias a serem feitas no texto apresentado, as quais foram expostas ao longo do presente Parecer. Esta SEAE aponta três alterações em especial, quais sejam:

- a) exploração da faixa de domínio por terceiros: i) os contratos privados referentes à exploração das faixas de domínio deverão apresentar maturidade convergente à da concessão original, com vistas a preservar o valor dos ativos em uma eventual relicitação das malhas; ii) a Resolução deve contemplar dispositivos que confirmem maior segurança jurídica aos contratos realizados com terceiros, clarificando direitos e responsabilidades entre as partes envolvidas;

- b) reversão das receitas acessórias em favor do princípio de modicidade tarifária: a exploração das faixas de domínio deve acarretar ganhos em termos de eficiência operacional para o Concessionário e minoração de eventuais reajustes tarifários aos usuários do transporte ferroviário. Dessa forma, esta SEAE sugere a elaboração de metodologia que concilie o estímulo à exploração comercial das faixas de domínio com o respeito ao princípio da modicidade tarifária.

BRUNO SILVA DALCOLMO
Técnico

FERNANDO ANTÔNIO RIBEIRO SOARES
Coordenador-Geral de Transportes e Logística, Substituto

De acordo.

PRICILLA MARIA SANTANA
Secretária-Adjunto

NELSON HENRIQUE BARBOSA FILHO
Secretário de Acompanhamento Econômico