

Análise de soluções de controvérsias em âmbito administrativo no setor de transportes

Analysis of Dispute Settlement at the Administrative Level in the Brazilian Transportation Sector

Submetido(submitted): 18/12/2014

Parecer(revised): 22/01/2015

Aceito(accepted): 24/08/2015

Leopoldo Faiad da Cunha *

Resumo

Propósito – O artigo tem por finalidade analisar os mecanismos de solução de controvérsias no âmbito da ANTT.

Metodologia/abordagem/design – Utilizou-se o método descritivo, expondo as normas existentes no setor regulado e sugerindo novas medidas.

Resultados – Verificou-se que foram tomadas diversas medidas para regular essas questões, mas que ainda há diversas medidas para serem tomadas.

Implicações práticas – Com as sugestões apresentadas, verifica-se o potencial de menor judicialização das questões setoriais, o que pode resultar em ganhos de eficiência para o setor.

Originalidade/relevância do texto – Poucos estudos têm sido realizados sobre o direito regulatório do setor de transportes no Brasil e sobre medidas de soluções de controvérsias no âmbito administrativo. Este estudo visa fomentar o debate nesse tópico.

Palavras-chave: direito administrativo – direito regulatório – arbitramento – Agências Reguladoras.

Abstract

Purpose – The article analyzes the transportation sector and dispute settlement within ANTT.

Methodology/approach/design – Using descriptive approach, this article exposes the existing regulations and suggests different measures.

Findings – It was found that many initiatives have been taken by ANTT, however there is much more to do on dispute settlement strategies.

Practical implications – The article maintains that the following suggestions reduce rail sector disputes in courts, which can generate efficiency gains.

Originality/value – There are few studies about the rail regulatory law in Brazil, and the dispute settlement at administration level. This study aims to stimulate the debate on that issue.

Keywords: Administrative law, regulatory law, arbitration, regulatory agencies.

*Especialista em Direito Público pelo Instituto IMP. É Especialista em Regulação de Transportes na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). E-mail: leofaiad@gmail.com.

1. Introdução

No Brasil, a atividade regulatória inclui diversas características. Entre as múltiplas funções de uma agência reguladora, está a de gerir o mercado e seus agentes. Em diversos momentos, podem surgir conflitos de interesses entre os agentes do mercado regulado e também entre estes agentes e o poder público. Esse conflito entre agentes privados pode ocorrer no mesmo segmento regulado ou entre segmentos mercadológicos distintos. Seja como for, os detalhes técnicos apresentam especificidades suficientes para dificultar a análise por órgãos não especializados nas operações discutidas. Nesse contexto, as agências reguladoras assumem a função de conciliar, mediar ou arbitrar essas questões, garantindo maior celeridade e eficiência ao setor.

Estabeleceu-se entre os objetivos da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) harmonizar, preservado o interesse público, os interesses dos usuários e das empresas reguladas, arbitrando conflitos e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração à ordem econômica. O presente artigo analisará que papel a ANTT pode assumir perante os conflitos que ocorrerem entre os agentes privados no setor de transportes. Este estudo não versará sobre os conflitos relacionados aos agentes privados e à ANTT em seus contratos administrativos.

A ANTT regula diversos modais de transporte terrestre. Escolheu-se expor com mais intensidade o modelo ferroviário em razão dos diversos agentes envolvidos, o que potencializa a utilização dos institutos analisados, porém tais premissas podem ser utilizadas em outros modais. Serão expostas também hipóteses de solução de controvérsias entre setores distintos e a possibilidade de integração com outras agências reguladoras, como a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ).

Dessa forma, este artigo será dividido em seis partes, sendo a primeira parte esta introdução. A segunda parte versará de modo amplo sobre o cenário regulatório do setor de transportes no Brasil. Na terceira parte, será analisado o modelo ferroviário brasileiro, subdividido em duas partes: a evolução do modelo; e a aplicação dos mecanismos de solução de controvérsias. O quarto tópico tratará da solução de controvérsias entre setores distintos, com foco na infraestrutura. Na quinta parte, será exposta a distinção entre arbitragem e arbitramento, bem como as vantagens e os desafios na aplicação de tal instituto. A sexta e última parte concluirá com os resultados da análise.

2. Cenário Regulatório do Setor de Transportes no Brasil

A criação de agências reguladoras por mercado específico incentiva a especialização na atuação de cada entidade administrativa. Elas foram criadas

para gerirem os mercados, com o aumento da complexidade setorial e com a elevação do número de agentes, para arbitrarem os crescentes conflitos, para proverem maior flexibilidade e agilidade na implementação de políticas *ad hoc* por meio de regulamentos, resoluções e portarias e para mitigarem riscos de captura do regulador frente a um agente específico ou mesmo de choque de interesses com outros setores de governo, evitando-se, assim, perdas de eficiência (ARAÚJO e PIRES, 2002). Além disso, também é papel do Estado Regulador, por meio de suas agências, garantir o uso eficiente de *essencial facilities*¹ para cada atividade.

No Brasil, a criação das agências reguladoras ocorreu em momento distinto dos Estados Unidos, local que serviu de inspiração para a implantação do modelo brasileiro. No modelo tradicional (PINHEIRO, 1999), em termos gerais, a gestão do mercado se inicia com reforma regulatória, fortalecendo as novas agências reguladoras. Só então ocorre o processo de desestatização dos ativos estatais. No direito pátrio, as agências reguladoras foram criadas em meados da década de 1990 para gerir os mercados que estavam sendo apresentados à iniciativa privada, com as concessões de diversos serviços públicos e com as privatizações de algumas empresas públicas, como a Companhia Vale do Rio Doce (CVRD). Na América Latina, inverteu-se a ordem do modelo regulatório tradicional, com a alienação dos ativos públicos, para então se criarem as agências reguladoras, que foram desenvolvendo as técnicas regulatórias para gerir os contratos assinados, à exceção de casos como o de telecomunicações, no Brasil.

O setor de infraestrutura respondeu por grande parte dos resultados da privatização, mas sua inclusão no processo ocorreu sem que tivesse sido precedido de planejamento prévio. Em vários casos, não havia uma estratégia de privatização para os setores, de modo que as decisões foram sendo tomadas conforme a modelagem de venda ia se definindo (PINHEIRO, 1999).

Exemplo disso foram as rodovias federais. O Programa de Concessões de Rodovias Federais iniciou-se em 1993², contudo a criação da agência reguladora responsável pela gestão dos contratos de infraestrutura rodoviária somente

¹*Essencial facility* é a infraestrutura essencial para atividade econômica sem a qual não seria possível realizar a atividade. Ao mesmo tempo, duplicá-la seria tão dispendioso que torna a iniciativa inviável. Um exemplo tradicional é a ponte de uma ferrovia que passa sobre um rio. Sem essa ponte não há deslocamento, mas duplicá-la tornaria a atividade extremamente onerosa para os agentes.

²O Programa de Concessões de Rodovias Federais foi inaugurado pela Portaria Ministerial nº 10/93. As primeiras concessões ocorreram em 1995, com a ponte Rio-Niterói e outros quatro trechos de rodovias federais.

ocorreu em 2001.³ Ademais, há um lapso temporal entre a criação das agências no Brasil. A Agência Nacional de Telecomunicações, a ANATEL, foi a primeira agência reguladora formalmente criada,⁴ no ano de 1997⁵ e a última foi a ANAC, Agência Nacional de Aviação Civil, criada em 2005⁶, demonstrando o lapso de oito anos entre a criação das agências.

3. Análise do modelo ferroviário

O modelo ferroviário brasileiro tem sofrido intensas transformações. Até a segunda metade do século XX, o transporte ferroviário era operado pelo Estado basicamente com a Rede Ferroviária Federal (RFFSA).⁷ Ao longo desse período, diversos ativos foram depreciados em razão da ausência de manutenção da atividade. Entre os anos 1990 e 2000, alterou-se consideravelmente o regime jurídico, passando para a iniciativa privada o que antes era explorado diretamente pelo Estado. Atualmente, o novo modelo de transporte criado no Brasil busca mais uma vez alterar essa estrutura e dinamizar o mercado, criando concorrência entre os agentes.

3.1. Evolução do modelo ferroviário brasileiro

A história das ferrovias no Brasil pode ser dividida até a atualidade em três grandes ciclos (RESENDE *et al.*, 2010). Esse modal de transporte exige intensos investimentos iniciais, o que fez com que seu controle fosse alterado ao longo do tempo entre público e privado. O primeiro ciclo se refere à entrada de capital inglês para a construção das estradas de ferro no Brasil. Esses investidores buscavam maior taxa de retorno do que as pagas pelo mercado inglês. A maior representante desse ciclo foi a Estrada de Ferro Santos/Jundiaí.

O segundo ciclo representa a mudança de controle do capital das ferrovias do capital privado para o público. A nacionalização da malha ferroviária foi financiada com capital oriundo do mercado financeiro internacional. No ano de 1929, o Estado já era dono de 67% das companhias ferroviárias e responsável pela administração de 41% da rede. Para gerir essa estrutura de 18 ferrovias, criou-se em 1957, a RFFSA consolidando o controle

³A Lei nº 10.233/01 cria a ANTT, agência reguladora responsável pela regulação dos serviços de exploração da infraestrutura rodoviária. Essa agência foi criada em 2001, mas iniciou suas atividades no ano de 2002.

⁴Há divergências sobre a primeira agência reguladora criada no Brasil. Alguns autores afirmam que o Banco Central e outras autarquias com autonomia seriam a primeira geração das agências reguladoras (DI PIETRO, 1999).

⁵Com a edição da Lei nº 9.472/97, também chamada de Lei Geral de Telecomunicações.

⁶Lei nº 11.182/05.

⁷A RFFSA foi criada mediante autorização da Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957.

da União sobre as operações de transporte. Buscou-se, com essa nova empresa, centralizar a atividade, permitindo um planejamento global da atividade. Ao longo do tempo, esse planejamento foi sendo depreciado até que, em 1992, a RFFSA entrou no Programa Nacional de Desestatização.

O terceiro ciclo se inicia com o Programa Nacional de Desestatização. No ano de 1992, iniciaram-se os estudos do BNDES para verificar a viabilidade e a necessidade de transferência desses ativos para o setor privado, o qual sinalizou pelo interesse na concessão desses bens. Assim, as concessões ocorreram entre os anos de 1996 e 1998, com a divisão do sistema ferroviário até então existente em seis malhas regionais. Essas estruturas foram concedidas pelo prazo de 30 anos, podendo ser prorrogadas por igual período, e os ativos dessas linhas férreas foram arrendados pelo mesmo prazo. Em 1998, a Ferrovia Paulista S.A. (FEPASA) foi incorporada à RFFSA e depois sua malha também foi concedida. Assim, a RFFSA inicia o processo de encerramento de suas atividades⁸ e marca também o começo da operação das seguintes empresas: Companhia Ferroviária do Nordeste (CFN), Ferrovia Centro Atlântica (FCA), MRS Logística S.A, Ferrovia Bandeirantes (Ferrobán), Ferrovia Novoeste S.A., América Latina Logística (ALL), e Ferrovia Teresa Cristina S. A. Elas obtiveram a seguinte configuração:

Malhas Regionais	Data do Leilão	Concessionárias	Início da Operação	Extensão (em Km)
Oeste	05.03.1996	Ferrovia Novoeste S.A	01.07.1996	1.621
Centro-Oeste	14.06.1996	Ferrovia Centro-Atlântica S.A.	01.09.1996	7.080
Sudeste	20.09.1996	MRS Logística S.A.	01.12.1996	1.674
Tereza Cristina	22.11.1996	Ferrovia Tereza Cristina S.A.	01.02.1997	164
Nordeste	18.07.1997	Cia. Ferroviária do Nordeste	01.01.1998	4.534
Sul	13.12.1998	Ferrovia Sul-Atlântico S.A. (ALL)	01.03.1997	6.586
Paulista	10.11.1998	Ferrovias Bandeirantes S.A	01.01.1999	4.236

Tabela 1 - Malha ferroviária concedida na década de 90 (RESENDE *et al.*, 2010)

Além das linhas férreas expostas acima, há a Estrada de Ferro Vitória a Minas (EFVM) e a Estrada de Ferro Carajás (EFC), ambas geridas pela Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), em razão dos Decretos 22.221/46 e

⁸ A RFFSA foi dissolvida de acordo com o estabelecido no Decreto nº 3.277, de 7 de dezembro de 1999, alterado pelo Decreto nº 4.109, de 30 de janeiro de 2002, pelo Decreto nº 4.839, de 12 de setembro de 2003, e pelo Decreto nº 5.103, de 11 de junho de 2004. A RFFSA foi extinta, mediante a Medida Provisória nº 353, de 22 de janeiro de 2007, estabelecida pelo Decreto Nº 6.018 de 22/01/2007, sancionado pela Lei nº 11.483.

87.961/82, respectivamente. Assim, entre os principais motivos que incentivaram a mudança do regime para o terceiro ciclo da atividade de transporte ferroviário estão: o crescimento dos investimentos para a recuperação, modernização e ampliação da infraestrutura; a captação de recursos privados para alavancagem do setor; a diminuição do número de acidentes e aumento da eficiência; e a modernização da operação e a recuperação do material degradado (FIOCCA, 2005).

Com o modelo de concessão inaugurado no Brasil, desenvolveu-se uma estrutura verticalizada. Nas concessões ferroviárias brasileiras, o agente responsável pela gestão da infraestrutura ferroviária, como trilhos, dormentes e estações, é a mesma entidade responsável pela operação da atividade de transporte, como o material rodante, locomotiva e vagões. A relação desse agente com o poder público ocorre por meio de contrato administrativo de concessão, no caso da infraestrutura, e por arrendamento, no caso do material rodante.

Essa estrutura é um modelo fechado, em que cada concessionária é responsável pela operação em seu respectivo trecho. Assim criou-se um modelo simplificado, tendo virtualmente apenas um agente atuando em cada linha férrea sob regime de monopólio. Por atuar em regime monopolístico, esse agente não tem incentivos econômicos diretos para se tornar mais eficiente e a lógica gerencial da empresa não busca a redução de custos, mas a maximização de lucros⁹ pelo controle da oferta de serviços no mercado.

Esse modelo verticalizado apresenta algumas fragilidades teóricas, em termos econômicos, por não ser o mais eficiente possível e por não incentivar a integração produtiva das regiões próximas; e em termos jurídicos, por apresentar lacunas nos contratos administrativos firmados. Essas lacunas serão expostas a seguir.

Com o monopólio da infraestrutura e da operação, em tese, dificulta-se a integração da malha ferroviária. Como a renda obtida pela operação da atividade e da manutenção da infraestrutura destinam-se ao mesmo grupo econômico que explora outras atividades, prefere-se operar uma carga que tenha renda menor para a ferrovia, mas que seja da *holding* responsável pela infraestrutura, do que permitir um transporte de carga de uma empresa concorrente, mesmo que seja mais lucrativo. Cunhou-se inclusive um termo para tal tipo de operação, a “co-opetição” (LAZZARINI, 2010).

⁹Em um mercado de livre concorrência, a demanda é dada pelo mercado e os agentes econômicos aumentam sua renda na proporção que reduzem seus custos. No mercado monopolístico, a demanda é equiparada à curva de oferta da firma. Desse modo, os lucros da firma são auferidos com o controle da oferta do serviço prestado.

Ainda em razão dessa estrutura, praticam-se tarifas mais elevadas. O transporte ferroviário de cargas possui economias de escala. Assim, quanto maior for a distância, o volume e o peso das cargas transportadas, maior tenderá a ser a vantagem competitiva desse modal de transporte em comparação com o transporte rodoviário de cargas. Ademais, o transporte rodoviário de cargas no Brasil é operado em regime de concorrência e por livre-iniciativa dos agentes.¹⁰ Em um modelo ideal, geralmente para distâncias maiores que 500 quilômetros, o transporte ferroviário tenderia a ser muito mais vantajoso para os usuários; porém, no Brasil, isso não ocorre na realidade. Os preços cobrados pelos operadores ferroviários chegam a ser próximos do que é cobrado pelos transportadores rodoviários de cargas. No transporte por pequenas distâncias, o transporte rodoviário e o ferroviário concorrem, de forma que o transporte rodoviário exerce uma pressão competitiva sobre o ferroviário. Em grandes distâncias, o transporte ferroviário tem vantagem competitiva, e o rodoviário passa a não ser uma opção interessante para o usuário.

As lacunas jurídicas ocorreram em razão do momento histórico no qual esses contratos foram redigidos. Em meados da década de 1990, diversas questões circunstanciais agravaram o processo: o governo apresentava um grande déficit econômico e as empresas públicas de ferrovias já estavam deficitárias por um longo período; as análises jurídicas sobre as concessões estavam começando; e a confiança dos agentes econômicos internacionais, em razão de atos políticos anteriores (GIAMBIAGI e VILLELA, 2005), encontrava-se abalada. Complementarmente, o contrato administrativo, diferentemente dos atos de império, é bilateral, tendo que ser atraente para o Estado, com a prestação do serviço público, e para a iniciativa privada, com o retorno do capital investido e com as garantias sendo cumpridas (DI PIETRO, 1999).

Definiu-se, assim, como parâmetro regulatório, o aumento de eficiência com base na quantidade de toneladas transportadas global das ferrovias. Dessa forma, os agentes privados investiram e desenvolveram os trechos mais rentáveis economicamente e abandonaram os trechos que exigiam maiores investimentos para obterem os mesmos resultados. Além disso, os instrumentos jurídicos de controle também não foram desenvolvidos de modo claro nos contratos. Assim, não se definiu quais investimentos seriam feitos pelos agentes e quais seriam realizados pela iniciativa privada.

Em razão desse cenário, em julho de 2011, a ANTT, exercendo suas competências legais, com o intuito de aumentar a eficiência e a competitividade no setor, expediu três resoluções, alterando os marcos regulatórios para que as

¹⁰ Apesar das questões jurídicas e econômicas relacionadas ao transporte rodoviário de cargas, este tema não será analisado neste estudo.

concessões pudessem conviver em regime de operação integrada do Subsistema Ferroviário Federal (SFF). Em síntese, as três resoluções são: a Resolução ANTT nº 3.694/11, que aprova o regulamento dos usuários de serviço de transporte ferroviário de cargas; a Resolução ANTT nº 3.695/11, que aprova o regulamento das operações de direito de passagem e tráfego mútuo; e, por fim, a Resolução nº 3.696/11, repactuando as metas de produção e acidentes das concessionárias ferroviárias, por trecho.

Mesmo com os desafios regulatórios, as concessões das ferrovias trouxeram resultados positivos para o setor. Os investimentos totalizaram aproximadamente R\$ 37 bilhões (trinta e sete bilhões de reais) entre os anos de 2002 e 2012 (POMPERMAYER *et al.*, 2012). O setor, antes deficitário, atualmente apresenta resultados positivos e a participação do setor na matriz de transporte brasileira passou de 15%, em 1997, para 25% (BRASIL, 2007). Percebe-se assim um desenvolvimento setorial, com grande potencial de manutenção desse crescimento. Devido às demandas nacionais pela redução de alguns custos de transporte, busca-se aumentar a eficiência logística e econômica do setor, o que induz à integração das operações ferroviárias e deste modal com outras modalidades de transporte. A ANTT, nesse contexto, assume papel preponderante.

3.2. Aplicação de instrumentos de solução de controvérsias no setor ferroviário

Mesmo com essa estrutura singularizada, a regulação do setor prevê algumas formas de integração entre os agentes operadores das malhas. Esses institutos foram inicialmente expostos pelo Decreto 1.832, de 4 de março de 1996, o Regulamento de Transporte Ferroviário. Nesse regulamento, permitia-se a aplicação do tráfego mútuo e do direito de passagem, conforme artigo 6º.¹¹ Atualmente vigem as Resoluções nº 3.694, que aprova o Regulamento dos Usuários de Serviço de Transporte Ferroviário de Cargas, e nº 3.695, que aprova o Regulamento das Operações de Direito de Passagem e Tráfego Mútuo, ambas de 2011.

O Regulamento dos Usuários de Serviço de Transporte Ferroviário de Cargas disciplina as relações entre a concessionária e o usuário do serviço, mormente empresas que lidam com commodities. Previram-se duas situações especiais para os usuários: a primeira é o usuário dependente; e a segunda é o usuário investidor. Não necessariamente essas situações são excludentes, pois um usuário pode ter se tornado investidor por ser extremamente dependente da atividade de transporte ferroviário.

¹¹Art. 6º As Administrações Ferroviárias são obrigadas a operar em tráfego mútuo ou, no caso de sua impossibilidade, permitir o direito de passagem a outros operadores.

O usuário dependente é a pessoa física ou jurídica que considere a prestação de serviço de transporte ferroviário de cargas indispensável à viabilidade de seu negócio. Esse usuário deve apresentar uma declaração à ANTT, especificando o fluxo a ser transportado por, pelo menos, os próximos cinco anos.¹² Com esse usuário, a concessionária deve firmar um contrato de transporte, prevendo a cláusula *take or pay*. Essa cláusula prevê ao usuário a obrigação de pagamento de uma determinada quantia pela disponibilização da capacidade de transporte de cargas, independentemente de seu efetivo uso. Nesse contexto, para auxiliar na relação entre a concessionária e o usuário, cabe à ANTT, no caso de não haver consenso entre as partes, arbitrar os valores, assegurando o fluxo de transporte, a partir do início do processo administrativo.¹³

O usuário investidor é aquele agente que, para realizar o transporte de sua carga de modo mais eficiente, investe na concessão do serviço público, já que alguns trechos da concessão, em determinados momentos, podem estar indisponíveis, ocorrendo o uso integral da capacidade da rede. Com o objetivo de expandir a capacidade de transporte, esse investimento pode ser realizado na infraestrutura, com a recuperação ou a expansão da malha férrea, e na superestrutura, com a aquisição de materiais rodantes. Para poder assumir o papel de usuário investidor, a empresa interessada se dirige à concessionária, buscando estabelecer os parâmetros de comum acordo. Caso a concessionária fique silente sobre o pedido apresentado, o usuário pode contatar a ANTT para que se assegure a realização dos investimentos.¹⁴

Nesses dois exemplos, verifica-se como uma relação que, em princípio, mostra-se de natureza estritamente privada pode ser auxiliada pela entidade governamental. O serviço prestado pela concessionária pode não ser adequado aos usuários. Assim, é possível registrar uma reclamação pela ineficiente atividade, e, se for necessário, expede-se medida cautelar obrigando a concessionária a adotar determinada ação. No transporte ferroviário, tradicionalmente seus usuários são grandes produtores com capacidade de organização, logo possuem capacidade negocial.

Outra situação conflituosa que pode ocorrer é entre concessionárias ferroviárias. A Resolução ANTT nº 3.695/11 prevê a possibilidade de transportar a carga de uma concessionária por outra ferrovia, desde que haja capacidade ociosa. Esse compartilhamento de infraestrutura é formalizado pelo

¹²Cf. art. 27, da Resolução ANTT nº 3.694/11.

¹³Cf. art. 30, *caput*, e parágrafos seguintes.

¹⁴Cf. art. 40, *caput* e parágrafo único.

Contrato Operacional Específico (COE) e ocorre tanto com o tráfego mútuo quanto com o direito de passagem.¹⁵

O tráfego mútuo¹⁶ ocorre quando o operador de uma linha necessita utilizar a linha férrea de outra concessionária. Nesse momento, a concessionária responsável pelo trecho, assume a operação, podendo utilizar apenas locomotiva e maquinistas próprios ou vagões próprios. No caso de utilizar vagões próprios, realiza-se o transbordo da mercadoria. Ocorre o transbordo quando se transfere a carga dos vagões de uma empresa para a outra.

Já o direito de passagem¹⁷ acontece quando uma concessionária utiliza apenas a linha férrea de uma concessionária distinta. O material rodante, com todo o aparato operacional, maquinista e locomotiva, ou locomotivas, dependendo da extensão e do peso da composição, são todos da empresa que requereu o direito de passagem. No Regulamento de Transporte Ferroviário, priorizou-se o direito de tráfego mútuo em detrimento do direito de passagem porque, em tese, o concessionário conhece melhor as nuances da ferrovia. Além disso, por não ter garantias sobre a qualidade do material rodante da outra companhia, os equipamentos da concessionária concorrente podem gerar danos à infraestrutura ferroviária e apresentam maiores riscos de acidentes nos trechos.

A aplicação desses institutos – tráfego mútuo e direito de passagem – flexibilizam o princípio jurídico da exclusividade que se aplicava às concessões ferroviárias (SCHAPIRO, 2010). De acordo com a Lei 8.987/95, a lei de concessões e permissões de serviços públicos, a regra é a concorrência, sendo a exclusividade uma exceção.

O Contrato Operacional Específico não prevê meios de soluções de controvérsias entre suas cláusulas essenciais, contudo a Resolução ANTT nº 3.695/2011 prevê, em seu art. 14, que as partes podem requerer à ANTT que auxilie os agentes na solução de controvérsias oriundas desse contrato. Após a análise dos documentos apresentados, a ANTT proporá entendimento entre as partes objetivando a solução do conflito, sendo isso uma modalidade de conciliação. Uma das situações possíveis de conflito é a definição de tarifas nos casos em que ocorra o compartilhamento de infraestrutura.

¹⁵A obrigação de disciplinar esses institutos estão previstos no artigo 25, V da Lei 10.233/2001.

¹⁶Art. 2º, IX - Tráfego Mútuo: a operação em que uma concessionária compartilha com outra concessionária, mediante pagamento, via permanente e recursos operacionais para prosseguir ou encerrar a prestação de serviço público de transporte ferroviário de cargas.

¹⁷Art. 2º, VI - direito de passagem: a operação em que uma concessionária, para deslocar a carga de um ponto a outro da malha ferroviária federal, utiliza, mediante pagamento, via permanente e sistema de licenciamento de trens da concessionária em cuja malha dar-se-á parte da prestação de serviço.

4. Solução de controvérsias entre setores distintos

Os conflitos no âmbito dos transportes não se limitam somente aos mesmos modais. Essas questões podem se expandir para outros meios de transportes, inclusive extrapolando as competências legais da ANTT.

A infraestrutura ferroviária pode interferir na infraestrutura rodoviária e vice versa. Exemplos dessas situações é a implantação de interseção em linha ferroviária, a ocupação da faixa de domínio e projetos de reparos, reforma e reforço de viadutos em rodovias. Nesses casos, o auxílio da ANTT é essencial, por se tratarem de concessões de bens públicos. Além disso, o conflito pela utilização de infraestruturas pode afetar a infraestrutura elétrica e telefônica, bem como o funcionamento de portos e hidrovias.

A participação da ANTT nesse ambiente de integração entre as agências reguladoras é recomendável principalmente em razão das concessões rodoviárias e ferroviárias. Essas concessões apresentam como uma de suas características as servidões administrativas, as quais são atraentes para outros segmentos de mercado. Outros agentes podem utilizar as áreas de servidão administrativa para realizarem a passagem de cabos de fibra óptica e cabos de energia elétrica.

Semelhante iniciativa de integração entre agências reguladoras já é prevista no Brasil pela Resolução Conjunta nº 2, de 27 de março de 2001, editada pela Agência Nacional de Petróleo e Gás Natural (ANP), pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Essa resolução cria uma estrutura de solução de controvérsias entre essas agências reguladoras, visando solucionar litígios entre questões de compartilhamento de infraestrutura. Ela é organizada por cinco árbitros indicados da seguinte maneira: dois árbitros são membros da agência requerente; dois são da agência requerida; e o quinto árbitro é da agência que não está envolvida no conflito analisado. Os dados expostos, com relação às informações sensíveis, serão tratados de modo confidencial. A decisão do colegiado é vinculante e não cabe nenhum recurso administrativo. Só é possível apenas um pedido de revisão apresentado a mesma comissão.

Transporte refere-se ao movimento de bens e pessoas origens e destinos (SENNA, 2014). Logo, no caso de integração logística, o relacionamento azeitado entre a ANTT e a ANTAQ é determinante. Em diversos momentos, a competência de tais entidades públicas se confunde, por exemplo, quando há ramais ferroviários em portos. Ademais, com a criação do Operador de Transportes Multimodal (OTM), previsto pela Lei 9.611/98, o estabelecimento de um ambiente de solução de controvérsias envolvendo as agências relacionadas à atividade de transporte pode auxiliar a simplificação dos procedimentos administrativos e a integração entre os diversos modos de transportes.

5. Distinção entre a arbitragem e o arbitramento

Como exposto no tópico anterior, a atividade de transporte é extremamente complexa e com nuances específicas. Além disso, o arbitramento e a mediação buscam garantir eficiência, neutralidade, equidade e tecnicidade nas questões relacionadas à atividade. A determinação legal para atuação da ANTT na solução de controvérsias sobre conflitos dos agentes encontra-se na alínea b, do inciso II do artigo 20¹⁸ da Lei 10.233/01. Verifica-se que a agência tem um poder-dever de desenvolver uma estrutura de solução de controvérsias sobre transportes. Com o desenvolvimento do setor, o conflito de interesses e de princípios jurídicos tutelados será inevitável.

É importante diferenciar o processo administrativo de solução de controvérsias da atividade arbitral propriamente dita. A submissão de litígios a um juízo arbitral depende da voluntariedade das partes, manifestadas por uma cláusula arbitral. Em razão dessa decisão, afasta-se a matéria do julgamento do Poder Judiciário,¹⁹ conforme a Lei 9.307/96, que só poderá intervir em situações formais específicas. A capacidade que as agências reguladoras possuem de compor os conflitos entre seus agentes regulados não se configura como autêntica arbitragem (MORAES, 2014). Essa ação se desenvolve no curso de um processo administrativo, regulado pela Lei 9.784/99, e sua decisão está sujeita a recurso administrativo (OLIVEIRA, 2009). Além disso, dois elementos essenciais da arbitragem estão ausentes: não há a voluntariedade das partes para aderir ao regime de solução extrajudicial de conflitos; bem como as normas procedimentais já foram preestabelecidas, pela administração pública (MORAES, 2014). Logo, esse mecanismo de solução de controvérsias no âmbito das agências reguladoras é chamado de arbitramento de controvérsias.

Mesmo sem essa natureza arbitral em sentido estrito, os casos analisados pelas agências reguladoras possuem alto grau de tecnicidade e são apreciados devido a uma determinação legal. Dessa forma, mesmo possuindo a natureza jurídica de processo administrativo, tendo os princípios constitucionais e legais²⁰

¹⁸ Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário: (...) II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a: (...) b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

¹⁹ Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

²⁰ Tais quais os princípios do contraditório, da ampla defesa, da proporcionalidade, da razoabilidade.

sido cumpridos, o Poder Judiciário não deverá interferir no mérito administrativo da decisão.

Entre os benefícios encontrados na aplicação desse instituto para os agentes regulados, verifica-se a redução dos custos jurídicos de transação (COASE, 1960), que ocorre pela tecnicidade na solução de controvérsias e pela previsibilidade decisória em questões análogas. Os custos jurídicos são verificados em razão dos gastos financeiros e do decurso de prazo que os agentes devem arcar para alocar de forma clara os direitos discutidos. Sem a criação de um ambiente técnico especializado, os agentes podem litigar no Judiciário por um longo período. Ademais em razão de sua formação e das demandas judiciais apresentadas, o juiz pode não dispor do tempo necessário para a compreensão de todos os elementos técnicos, sociais e econômicos envolvidos em determinadas questões de transporte. Na corte arbitral, a especialização dos árbitros pode mitigar as limitações judiciais, contudo tais cortes apresentam um custo elevado para os agentes.

Em razão da criação de um ambiente especializado em uma agência reguladora, o tempo da demanda judicial seria mitigado. Assim, em uma agência reguladora, a análise pode ser mais apurada. O ato administrativo decisório, por demandar motivação, tende a apresentar uma decisão com elevado grau de fundamentação técnica. Essa decisão pode formar entendimento referencial, o qual fundamentará outras decisões análogas. Além disso, como qualquer ato administrativo, essa decisão pode ser revista nos casos previstos em lei.

Para a administração pública, os benefícios advindos da aplicação do arbitramento são a valorização do ente regulador perante os agentes regulados e a redução de assimetrias de informação entre o mercado e o poder público. Com a análise da querela apresentada, o regulador compreende de modo mais claro o funcionamento do mercado. Esse conhecimento adquirido pode embasar medidas regulatórias que evitem o surgimento de casos análogos.

Há diversos desafios para as agências reguladoras no âmbito do transporte brasileiro. Quando há uma proposta de inovação, os agentes impactados por essa medida criam expectativas relacionadas ao ato. Na hipótese de tal expectativa não ser cumprida, ocorre uma quebra de confiança, o que esvazia a legitimidade do regulador.

A criação de ritos prévios, previsíveis e simétricos entre as agências apresenta garantias aos agentes interessados e aos tomadores de decisão, o que harmoniza as expectativas dos agentes e auxilia na construção de entendimentos universalizados. É essencial que esses ritos impeçam a criação de mecanismos protelatórios, o que tornaria inefetiva qualquer decisão, especialmente em um setor tão dinâmico.

Com amparo da Lei de Acesso à Informação, Lei 12.527/11, outro desafio é a gestão de informações sensíveis. As informações prestadas pelos

agentes regulados podem expor estratégias e preços que afetem o funcionamento do mercado. Gerir esses dados com segurança garante confiabilidade aos agentes públicos. Por fim, outro tópico sensível é a implementação das decisões, garantindo incentivos quando necessário ou aplicando sanções efetivas.

6. Conclusão

Este trabalho não visa encerrar o tema sobre solução de controvérsias no âmbito do transporte. Muito pelo contrário, ele tem como objetivo principal provocar discussões entre os órgãos reguladores, os agentes regulados e a academia para prover o amadurecimento da temática. A construção de um mecanismo de arbitramento de conflitos é apenas um instrumento para garantir a estabilidade do sistema regulatório, com previsibilidade decisória.

Além de um sistema estável e previsível de solução de controvérsias, o regime de transportes demanda um arcabouço normativo infralegal que seja estruturado de modo claro. O texto das normas regulatórias deve estar dotado de flexibilidade, por demandar constantes alterações, bem como não pode ser excessivamente fluído, o que implicaria em uma discricionariedade exacerbada dos fiscais e dos agentes regulados na interpretação normativa. A construção de setores especializados no assunto, com organização de entendimentos técnicos sobre determinadas matérias, tende a garantir e definir os padrões de comportamento dos regulados.

As sugestões aqui apresentadas também visam fomentar o contato entre as agências reguladoras e o compartilhamento de experiências em seus respectivos campos de atuação. Mesmo atuando em mercados distintos, os conflitos gerados no âmbito das agências são mais próximos do que os conflitos sociais apresentados aos tribunais.

Em razão de uma instabilidade regulatória em diversos mercados, o Poder Judiciário é compelido a analisar casos de grande complexidade com detalhes técnicos insuficientes. Mesmo com o preparo intelectual de um magistrado, em razão da multiplicidade de variáveis aplicadas aos casos, é inviável exigir conhecimento técnico de todos os ramos econômicos regulados pelo Estado.

Há autores que criticam a possibilidade de as agências atuarem como foro arbitral (MORAES, 2014), ao passo que outros legitimam a atividade de arbitramento (OLIVEIRA, 2009). De qualquer forma, mesmo com a natureza de processo administrativo, é possível construir conceitos regulatórios eficientes o suficiente para dar uma resposta rápida às questões apresentadas. Para isso, é essencial garantir a independência das agências reguladoras, blindando-as, tanto quanto possível, de interferências políticas exacerbadas. A autonomia técnica dessas estruturas governamentais tende a garantir mais estabilidade aos agentes

de mercado e aos usuários do que instituições que são balizadas por interesses políticos.

7. Bibliografia

ARAÚJO, H. C. D.; PIRES, J. C. L. Regulação e arbitragem nos setores de serviços públicos no Brasil: problemas e possibilidades. **Revista de Administração Pública**, v. 34, n. 5, p. 9 a 28, 2002.

COASE, R. H. Problem of social cost, the. **JL & econ.**, v. 3, p. 1, 1960.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. Atlas, 1999.

FIOCCA, D. BNDES: Infra-estrutura e Desenvolvimento. **Fórum Nacional em maio/2005**. Rio de Janeiro: BNDES—Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2005. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/em_presa/download/apresentacoes/fiocca_infraedesenvolvimento.pdf>.

GIAMBIAGI, F.; VILLELA, A. A. **Economia brasileira contemporânea**. Elsevier Brasil, 2005.

LAZZARINI, S. G. **Capitalismo de laços**. São Paulo: Elsevier, 2010.

BRASIL. Plano Nacional De Logística e Transportes: 2008-2033. **Relatório Executivo**. Brasília, DF: abril. Disponível em www.transportes.gov.br, 2007.

MORAES, L. R. D. Arbitragem e Agências Reguladoras. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação** v. 4, 2014.

OLIVEIRA, A. C. D. O papel do órgão regulador na resolução de disputas entre operadoras de telecomunicações: a arbitragem e a mediação à luz das experiências japonesa, inglesa e americana. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 1, p. 111-159, 2009.

PINHEIRO, A. C. Privatização no Brasil: por quê? Até onde? Até quando. **A economia brasileira nos anos 90**, n. 1, p. 147-182, 1999.

POMPERMAYER, F. M.; NETO¹, C. A. C.; SOUSA¹, R. A. F. Considerações sobre os marcos regulatórios do setor ferroviário brasileiro—1997-2012. **Nota Técnica**, n. 6, 2012.

RESENDE, P. T. de; OLIVEIRA, M. P. de; SOUSA, P. R. de. Análise do Modelo de Concessão no Transporte Ferroviário Brasileiro: a Visão dos Usuários. **Revista ADM. MADE**, v. 13, n. 3, p. 40-59, 2010.

SCHAPIRO, M. G. Direito econômico regulatório. São Paulo: Saraiva, 2010.

SENNA, L. A. D. S. S. **Economia e Planejamento dos Transportes**. Elsevier Brasil, 2014.