

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa discutir o modelo constitucional de transporte ferroviário brasileiro em face do atual estado de implementação, que impediu e impede o desenvolvimento do transporte ferroviário brasileiro de cargas e passageiros.

Basicamente será discutido no presente trabalho a titularidade, a competência, a espécie de outorga, a necessidade de licitação, a possibilidade e à forma de delegação de competência e de titularidade, tudo isso no que tange à exploração do transporte ferroviário e de infraestrutura (malha) ferroviária.

Esses pressupostos são essenciais para o desenvolvimento dos conceitos básicos como, por exemplo, o de Serviço Público de Transporte Ferroviário Municipal de Passageiro Prestado em Infraestrutura (Malha) Ferroviária municipal, estadual ou federal, ou ainda, a delimitação dos subsistemas ferroviários municipais, estaduais e federal, ou pela possibilidade de uso por terceiro da infraestrutura (malha) ferroviária federal concedida a outrem ou, por fim, do compartilhamento do transporte ferroviário de carga e de passageiros.

Trata-se de pressuposto para permitir o planejamento (VELOSO, 2014) da política pública de transporte ferroviário seja baseada na premissa horizontal ou vertical, tão essencial para a retomada do crescimento do país.

2. DO DIAGNÓSTICO DO MODELO DAS LINHAS DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO

Em função de diversos fatos históricos que não vêm ao caso, há no sistema ferroviário brasileiro situações em dissonância com a Constituição Federal.

No próprio sítio eletrônico da ANTT- Agência Nacional de Transporte Terrestre estão disponíveis exemplos dessa distorção sobre essas inversões de titularidades.

Por exemplo, o trem Corcovado/Cosme Velho de extensão de 3,8 km é de titularidade constitucional do Município do Rio de Janeiro, por estar inteiramente dentro do município, mas por questões históricas tem sua concessão realizada pela ANTT (Disponível em << http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/43717/Trens_Regulares.html >> Acesso em 28 mar. 16).

Da mesma forma, há diversos trens turísticos e comemorativos que não são de titularidade da União por não atenderem o critério Constitucional como pode ser verificado no

endereço<http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/43723/Trens_Turisticos_e_Comemorativos.html> Acesso em 28 mar. 16.

Outro exemplo é a CBTU que ainda opera, por exemplo, em Belo Horizonte (Disponível em << <http://www.cbtu.gov.br/index.php/pt/a-cbtu/organograma/belo-horizonte>>> Acesso em 28 mar. 16). A CBTU presta serviço na malha de titularidade estadual porque a malha do metrô ou trem urbano de Belo Horizonte é intermunicipal. Mas a Lei 10233/01, no artigo 103-B, já previu a transferência para o Estado de Minas Gerais da execução do serviço. Contudo, só recentemente houve a criação da Metrominas (Disponível em <<<http://www.metrominas.mg.gov.br/index.html>>> Acesso em 28 mar. 16).

A Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU foi criada pelo Decreto nº 89.396, de 22 de Fevereiro de 19841, e se constitui como uma sociedade de economia mista que pode explorar o transporte ferroviário dos Estados e Municípios brasileiros sem qualquer problema. Todavia, apesar de muitas vezes também administrar a infraestrutura ferroviária, a titularidade da infraestrutura da malha continua sendo dos Estados e Municípios. A exploração da malha ou do transporte é determinada pelo titular constitucional da competência. E se o ente quiser delegar a administração da malha para a CBTU, o ônus é dele. Mas nem por isso a titularidade é alterada.

Novamente, o simples fato de o transporte ferroviário ser de titularidade do Estado, mas prestado pela União por meio de uma sociedade de economia mista, não altera a competência sobre a titularidade do serviço.

In casu, o Estado pode e deve exercer suas prerrogativas de poder público sobre sua malha, apesar de atualmente a CBTU realizar o transporte e a Administração de infraestrutura, salvo melhor juízo.

Mesmo existindo situações em que a Rede Ferroviária federal tenha realizado obras, ela não pode alterar a competência prevista na Constituição Federal de 1988. Eventualmente haverá direito de indenização da União em face de Estados ou Municípios em virtude desse caminho histórico. Neste ponto, cada situação específica deverá ser analisada para permitir a correta gestão patrimonial que viabilize a administração da infraestrutura e o transporte ferroviário de cargas e passageiros.

A partir do texto constitucional verifica-se a titularidade do serviço de transporte ferroviário. Caso o serviço seja federal (que só é federal por obedecer a Constituição Federal no art. 21, XII, “d”, acima transcrito) então é necessário verificar a competência da ANTT, do

¹ Disponível em << <http://www.cbtu.gov.br/index.php/pt/a-cbtu/a-companhia/historico>>> Acesso em 28 mar. 16.

DNIT ou IPHAN para verificar qual órgão é o responsável. E caso haja alguma divergência entre os órgãos da União, esta pode ser dirimida na CCAF- Câmara de Conciliação e Arbitragem Federal estabelecida na AGU, prevista no art. 18 do Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010.

Nesse contexto, é importante notar que pode ter havido uma estadualização ou municipalização da infraestrutura ferroviária federal anterior à Constituição Federal. Mesmo que algum órgão federal ainda exerça alguma competência estadual ou municipal nos dias de hoje, é importante que essas atribuições sejam encaminhadas para seus verdadeiros responsáveis.

A União deve se concentrar no serviço de transporte ferroviário entre portos e fronteiras ou que transponha o limite de Estado ou Território.

Importante ressaltar, ainda, que não há alteração da competência constitucional a existência de concessão, permissão ou autorização operada por outro ente. Supondo hipoteticamente que a União tenha feito a concessão, permissão ou autorização de uma malha municipal (por estar dentro do município) ou estadual (por estar dentro do Estado) por razões históricas, a União pode e deve provocar o verdadeiro titular para se responsabilizar por aquela malha.

Sob a lógica constitucional, não faz qualquer sentido a União cuidar de trens turísticos municipais por exemplo, já que a titularidade é do município.

Agora, se o trem turístico que percorre pequeno trecho passará sobre uma malha de infraestrutura federal, logicamente caberá a União regulamentar em sentido genérico a situação por seus órgãos porque é dela a capacidade jurídica para a tomada de decisão. Poderá, por exemplo, a União por convênio de delegação permitir o direito de passagem dos trens.

Cumprir lembrar também que o simples fato de haver ou não contrato de concessão, não altera a competência constitucional.

Em suma, a experiência jurídica deve ser construída com fundamento no texto constitucional de forma a organizar o setor ferroviário de forma competitiva e permanente.

E o Planejamento (VELOSO, 2014) é condição sine qua non para o êxito e a longevidade desta política pública de transporte (Ex: Plano Nacional de Revitalização de Ferrovias – PNRF, lançado em 22/05/2013, ou o PAC Ferrovias - OLIVEIRA, 2005, P. 110). Cabe à ANTT, ao executar a política pública de transporte ferroviário, estabelecer os

objetivos de curto, médio e longo prazo, sinalizando para Municípios, Estados e agentes econômicos o que se pretende do subsistema ferroviário federal.

Após a desestatização, é importante que a ANTT atue de forma a garantir a interoperabilidade, a intermodalidade e a sustentabilidade do serviço de transporte ferroviário². O art. 25, V da Lei 10233/01 nada mais é do que expressão da interoperabilidade, intermodalidade e sustentabilidade na medida em que estabelece o objetivo de garantir o direito de passagem e o tráfego mútuo de cargas e passageiros.

Os contratos concessão das ferrovias disponíveis no sítio eletrônico da ANTT devem ser interpretados sob a ótica da titularidade (capacidade para tomar decisão) para definir as características da administração da infraestrutura e do transporte de passageiros e cargas pelos trens (Disponível em < <http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/5262/Concessoes.html> > Acesso em 28 mar. 16).

3. DA ENGENHARIA JURÍDICA E AS HIPÓTESES DE DELEGACÃO DO SERVIÇO

Há no ordenamento jurídico brasileiro uma série de instrumentos jurídicos que podem ser utilizados no caso de delegação, que vão desde as clássicas concessões, permissões e autorizações, até as parcerias público-privadas.

TIMÓN (2014, P. 316) leciona a importância do desenvolvimento de ferramentas jurídicas para acompanhar a evolução do serviço de prestação de transporte ferroviário.

Desde un punto de vista jurídico, la importancia que el transporte ferroviario ha tenido desde su aparición es indudable por la importancia de la utilización de herramientas jurídicas que, como ya se ha señalado, han dado unos frutos interesantes y generadores de externalidades muy positivas para la sociedad. Desde la técnica concesional empleada como fórmula de construcción de las primeras infraestructuras ferroviarias en la segunda mitad del siglo XIX hasta la colaboración público-privada de nuestros días, que, en buena medida, podemos decir que es una evolución depurada financieramente de dicha técnica concesional, encontramos motivos más que suficientes para considerar al transporte ferroviario como un buen banco de pruebas en el que ensayar nuevas fórmulas jurídicas que mejoren la eficiencia económica y contribuyan a un mayor y mejor

² Las distintas regulaciones que acabamos de poner de manifiesto, **a nivel mundial**, europeo y nacional, tienen un objetivo básico y común respecto al sector ferroviario y descansan en cuatro pilares estructurales sobre los que se trata de asentar el futuro de este importante sector del transporte. Esos cuatro pilares son los siguientes: Liberalización. Interoperabilidad. Intermodalidad. Sostenibilidad. (TIMÓN, 2014. P. 318).

desarrollo social, máxime si se tiene em cuenta em momento actual del estado de la cuestión, com importantes regulaciones a nível mundial, europeo y, consecuentemente, nacional, que tratan de dar uma respuesta em el plano jurídico a la necesidad de contar com um sistema ferroviario de transporte de personas y mercancías de calidad que sea sostenible econômica y medioambientalmente. (grifos nossos)

Portanto, a modelagem jurídica adequada está diretamente relacionada com as necessidades de cada momento. A Lei 10233/01, por exemplo, elenca os critérios de alguns mecanismos possíveis como a concessão, a permissão ou a autorização. Mas não exclui a utilização de outros mecanismos como as parcerias público-privadas, ou a criação de novos mecanismos baseados na mescla de institutos públicos e privados. Um padrão de referência para a ANTT em termos de possibilidades de modelagem jurídica pode ser o exemplo o trem subterrâneo entre Londres e Paris. É um modelo citado em vários livros de exemplo de financiamento de projetos que vai além das tradicionais categorias de Concessão, Permissão e Autorização.

O BNDES, verbi gratia, prevê, igualmente, a hipótese de financiamento de projetos que não necessariamente imponha a outorga da infraestrutura (<http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/Produtos/Project_Finance/>). Essas hipóteses seriam enquadradas como contratos administrativos em sentido amplo.

A missão institucional da ANTT impõe o constante desenvolvimento do modelo jurídico regulatório do transporte ferroviário, de modo a ensejar um serviço eficiente e eficaz. E o atual estágio de modelagem regulatória não impede o desenvolvimento e o aperfeiçoamento jurídico.

Diante desse quadro evolutivo é impossível classificar de antemão qual será o instrumento adequado. As definições de Concessões, Permissões e Autorizações previstas nos artigos 13 e 14 da Lei 10233/01 representam um norte, mas não podem ser consideradas taxativas, tendo em vista a experiência internacional como acima demonstrado.

4. REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

É característica do Estado Federal a descentralização político-administrativa. A repartição de competência é necessária para evitar a duplicidade de esforços, evitar a ausência de atividade Estatal quando necessário, bem como possibilitar a maximização dos recursos.

Em apertada síntese, a competência é a capacidade jurídica para tomada de decisões, e pode ter os seguintes sentidos no texto constitucional:

- Competência material ou administrativa que significa a competência para praticar atos materiais.
- Competência legislativa que é a competência para legislar, fazer leis.
- Competência para julgar.

O professor Alexandre de Moraes cita o conceito de competência de José Afonso da Silva no seu Manual de Direito Constitucional (São Paulo: Atlas, 2004. P. 290).

Competência é faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções´

A competência material pode ser de 2 tipos:

- Competência material exclusiva: que é aquele ato material somente uma pessoa tem a capacidade jurídica para decidir, ninguém mais. Abrange a de interesse local que é exclusiva do município, que não pode se sobrepor à competência da União ou Estados. A competência do art. 30, I, é exclusiva e suplementar à da União e Estados.
- Competência material comum: ou seja, mais de uma pessoa tem a capacidade jurídica para tomada de decisões. Ou seja, União, Estados e municípios têm a capacidade jurídica para tomar decisões.

A título de exemplificação, a emissão de moeda é ato material (Art. 21, VII). Só existe o Real. Somente a União pode exercer essa competência. Logo, é uma competência material exclusiva. Cuidar da saúde das pessoas e/ou proteger o meio-ambiente, todas as pessoas têm obrigação de fazer. É algo comum, logo se trata de competência material comum.

Os artigos 21, 22, 23, 24 e 30 da CF/88 são a base de repartição de competências da República Federativa do Brasil.

Segundo a doutrina, a Constituição Federal divide as competências com base no Princípio da Predominância dos Interesses. A partir da verificação do interesse predominante são destinados conjuntos de atribuições à União, aos Estados e aos Municípios.

O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado federal é o da predominância de interesse, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local, tendo a Constituição vigente desprezado o velho conceito do peculiar interesse local que não lograra conceituação satisfatória em um século de vigência.

Acontece que, no Estado moderno, se torna cada vez mais problemático discernir o que é interesse geral ou nacional do que seja interesse regional ou local...(SILVA, 2000, P. 478.)

Destarte, a Constituição estabeleceu como critério de predominância de interesse exclusivo da União as atribuições de ordem material descritas no art. 21. Para isto, no art. 22, concedeu também a competência legislativa sobre estas diversas matérias.

Já no artigo 23 ficou arrolada a competência material comum, e no art. 24, a competência legislativa comum.

De plano, percebe-se que a competência material é exclusiva da União para explorar direta ou indiretamente o transporte ferroviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território (art. 21, XII, d).

Por outro lado, cabe ainda à União legislar privativamente sobre transporte (art.22, XI). Somente mediante Lei Complementar é possível a delegação para os Estados legislarem sobre transportes (parágrafo único).

Para os municípios restou a competência para legislar sobre assunto de interesse local, suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, e organizar e prestar os serviços públicos de interesse local, incluindo o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

Em outras palavras, a Constituição só autoriza os Estados a legislarem sobre transporte ferroviário após autorização da União por meio de lei complementar, e os municípios no que tange aos assuntos de interesse local suplementando a legislação federal e estadual.

No campo da competência material, cabe ao município o transporte coletivo de interesse local que não for de competência da União ou Estados.

Como a capacidade jurídica para tomada de decisão no que tange o transporte ferroviário federal é da União, evidentemente não pode o Estado ou município exercer sua capacidade de tomada de decisão no âmbito da competência constitucional da União.

Se o Estado ou município tem algum interesse na utilização da competência constitucional federal relativo ao transporte ferroviário, deve haver algum tipo de concordância prévia da União.

E é evidente o acerto do texto constitucional porquanto certamente poderia haver, por exemplo, colisões entre trens se a capacidade de tomada de decisões sobre o serviço de transporte ferroviário fosse dada como comum aos entes da federação.

Diante dessa realidade, não é possível o exercício simultâneo da competência constitucional do art. 30, V, de transporte local do município no âmbito da competência exclusiva do art. 21, XII, “d”, porque há um risco inerente à própria atividade. Se dois entes puderem ter a capacidade para tomar decisão certamente haverá situações de conflito. Por isso, foi sábio o constituinte quando determinou a competência exclusiva de cada ente no âmbito do transporte ferroviário.

A competência material de transporte de passageiros e cargas do município ou do Estado na malha ferroviária federal está condicionada aos limites impostos pela União. Não tem o município capacidade jurídica plena para decidir porque a União simplesmente pode negar que o município preste transporte ferroviário na sua malha. Mas se a União não vislumbrar óbice, pode autorizar em sentido amplo que o município preste o transporte ferroviário de passageiros dentro da malha ferroviária federal, permitindo assim dizer em uma competência material suplementar ou condicionada da titularidade do transporte ferroviário.

O que não dá para dizer é que o texto constitucional previu abstratamente o direito do município exercer a titularidade do art. 30, V, de transporte ferroviário coletivo de interesse local no âmbito da competência material da União. A competência do art. 30, V, de transporte ferroviário de interesse local está condicionada na malha ferroviária federal aos limites impostos pela União.

Já a competência para legislar pode ser exclusiva, privativa ou concorrente:

- a. Competência legislativa exclusiva ocorre quando somente um ente é responsável. A Constituição do Estado, só o Estado pode elaborar sua constituição. Na mesma linha de raciocínio, só o município pode redigir a lei orgânica do Município.
- b. Competência legislativa privativa é aquela que pertence a uma entidade, mas se diferencia da exclusiva porque, apesar de pertencer a um ente, admite delegação.
- c. Competência legislativa concorrente:
 - i. Geral: algumas leis terão algo de geral, algo de uniforme. Para ser geral é a União a competente.

ii. Suplementar: há possibilidade de diferenciações para atender especificidades. Cada Estado, e em algumas situações os Municípios, poderão adaptar a norma geral que a União fez à suas particularidades.

Como explicado, só mediante Lei Complementar o município ou o Estado poderia legislar sobre transporte ferroviário. A competência do município para legislar sobre transporte de interesse local evidentemente não pode se sobrepor a competência legislativa privativa do art. 22, XI.

No âmbito da legislação concorrente, se a União não exercer sua competência no que for geral, o Estado pode legislar sobre tudo.

No dia em que a União fizer a norma geral, a legislação estadual fica suspensa no que tange às normas gerais. A competência é da União quando o interesse é geral porque tem que receber tratamento uniforme no território nacional.

Portanto, a competência material pode ser exclusiva da União (art.21) ou comum (art. 23) entre União, Estados, DF e municípios.

Já a competência legislativa pode ser exclusiva (art. 25 para os Estados e art. 29 para a Lei Orgânica dos Municípios), privativa (artigo 22 da União, mas pode delegar para os Estados por Lei Complementar), concorrente (art. 24 entre União, Estados e Municípios, em que existem as hipóteses de Lei Geral ou Suplementar) ou suplementar (art.30).

5. DA COMPETÊNCIA DO TRANSPORTE FERROVIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

De plano, percebe-se em face da contradição entre a realidade do transporte ferroviário e o ordenamento, uma demanda por esclarecimentos entre as competências materiais exclusivas e comuns e a competência legislativa exclusiva, privativa, concorrente e residual.

A Constituição é cristalina ao estabelecer a competência material exclusiva da União no artigo art. 21, XII, “d”, onde se insere o transporte ferroviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou território.

Deste modo, nos termos da Lei Maior, o transporte ferroviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou território é privativo da União (competência material).

Esta competência material está diretamente relacionada à competência para elaboração de planos nacionais e regionais de ordenação do território e desenvolvimento

econômico social bem como a elaboração dos princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação.

De outro modo, a competência material (capacidade jurídica para decidir) sobre o transporte ferroviário dentro do Estado ou Município não é da União. Mas a competência legislativa para transportes, desenvolvimento econômico e para a elaboração do sistema nacional de viação é privativa da União.

Nos termos do art. 30 da CF, o município somente poderá legislar sobre transporte ferroviário caso haja autorização de lei complementar e somente poderá suplementar a legislação no que couber (art. 30, II).

Todavia, segundo o art. 30, inciso V, o município tem competência material para prestar serviço de transporte coletivo de interesse local, abrangendo a hipótese de transporte ferroviário.

No que tange aos Estados, algumas constituições atribuíram a competência material sobre o transporte ferroviário (SOUTO, 2005. P. 36). A Constituição Estadual de Minas Gerais no artigo 10, inciso IX, assim dispõe:

Art. 10 - Compete ao Estado:
...IX - explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços de transporte ferroviário e aquaviário que não transponham os limites do seu território e o rodoviário estadual de passageiros;

Portanto, tendo em vista a competência material da União, bem como dos Estados e Municípios poderá por questões de fato haver a sobreposição de transportes ferroviários em linhas de trens de competências de entes distintos.

Caberá, todavia, à União legislar e determinar como será exercida esta competência. Nem o Estado e nem o Município podem se imiscuir na competência material (capacidade jurídica para tomada de decisão) do transporte ferroviário da União, e muito menos na competência privativa para legislar sobre transporte. Da mesma forma, não pode a União interferir na competência constitucional dos Estados e Municípios.

Se isto ocorrer, há vício de competência e o ato é considerado nulo de pleno direito.

Traçado o pressuposto acerca competência (capacidade jurídica para decidir) constitucional material e legislativa acerca do transporte ferroviário, mister se faz explicar as atividades envolvidas na competência constitucional prevista na legislação infraconstitucional.

6. DAS ATRIBUIÇÕES DA ANTT NO ÂMBITO DO TRANSPORTE FERROVIÁRIO

A Lei 10233/01 detalhou a competência constitucional de transporte ferroviário no âmbito da ANTT. O legislador brasileiro não agiu de forma tão detalhada quanto o legislador espanhol, mas também determinou à ANTT a competência para exploração da infraestrutura ferroviária (art. 22, II), bem como exploração do transporte ferroviário de passageiros e cargas (art. 22, I).

O modelo regulatório brasileiro não precisa errar para aprender. Felizmente, nesta seara, há muitos exemplos que podem servir de parâmetros³. Na Espanha, por exemplo, a Lei do Setor Ferroviário (Ley 39/2003) depois de anos de debate separou a atividade de administração de infraestrutura da exploração do serviço propriamente, o que permitiu a formação de um setor moderno e competitivo (CASTILLO, 2010, P.484).

Um dos pontos de avanço desta lei foi a atenção dada a infraestrutura ferroviária⁴. Basicamente, a lei regulou de forma uníssona os elementos materiais imprescindíveis para a execução do serviço de transporte, separando a administração da infraestrutura do transporte de passageiros e cargas. Mas apesar de separadas as atividades de administração de infraestrutura e transporte de passageiro e cargas, elas estão intrinsicamente ligadas.

O exemplo espanhol ajuda a esclarecer como a competência constitucional de transporte ferroviário abrange a administração da infraestrutura bem como o transporte ferroviário de passageiros e cargas (no art. 22, I e II da Lei 10233/01 acima transcrito).

Da mesma forma que no Brasil, o Estado Espanhol (o que seria a União para o Brasil, porque os que seriam os estados brasileiros são chamados de comunidades autônomas) tem a competência exclusiva para estabelecer a malha ferroviária, podendo regulamentar e executar a política pública de transporte ferroviário que atinja mais de uma comunidade autônoma (p.485).

Trata-se de raciocínio lógico porquanto não é possível o transporte pelo trem de passageiros e cargas sem os trilhos. Evidentemente no caso de interesse de um ente em

³ Não se trata de copiar o modelo estrangeiro como se fosse necessariamente melhor por ser estrangeiro e funcionar em outro país. Mas simplesmente aprender com os erros e tentar aproveitar o que for útil para a realidade brasileira.

⁴ TÍTULO II La infraestructura ferroviaria

CAPÍTULO I Disposiciones generales

Artículo 3 La infraestructura ferroviaria

A los efectos de esta ley, se entenderá por **infraestructura ferroviaria** la totalidad de los elementos que formen parte de las vías principales y de las de servicio y los ramales de desviación para particulares, con excepción de las vías situadas dentro de los talleres de reparación de material rodante y de los depósitos o garajes de máquinas de tracción. Entre dichos elementos se encuentran los terrenos, las estaciones, las terminales de carga, las obras civiles, los pasos a nivel, las instalaciones vinculadas a la seguridad, a las telecomunicaciones, a la electrificación, a la señalización de las líneas, al alumbrado y a la transformación y el transporte de la energía eléctrica, sus edificios anexos y cualesquiera otros que reglamentariamente se determinen.

utilizar a infraestrutura de competência de outro ente, deverá haver um tipo de convênio ou acordo em sentido genérico determinando como será feito o transporte de modo a evitar, por exemplo, colisões ou prejuízos.

De outro modo, quando se fala em titularidade do transporte ferroviário, está se falando na capacidade de tomar decisões acerca da malha ferroviária (infraestrutura) bem como na capacidade jurídica de tomar decisões acerca do serviço de transporte daquela malha (Ex: definição dos horários).

Tanto a administração da infraestrutura (gestão da linha do trem) quanto a transporte pelos trens de passageiros e cargas podem ser concedidas, delegadas ou autorizadas em sentido amplo, mas a titularidade da infraestrutura que está atrelada ao transporte pelo trem é sempre da União, Estados ou Municípios, nos termos do texto constitucional.

A titularidade da capacidade jurídica para tomada de decisão (competência) sobre a linha do trem e dos horários e trens que passarão pela aquela linha é definida pela Constituição Federal e não pode ser alterada. E a outorga da administração da infraestrutura ou do transporte ferroviário em nada altera a titularidade.

Assim, é possível que Estados e municípios possam utilizar da infraestrutura ferroviária federal para passar seus trens (Ex: trens turísticos eventuais ou não de passageiros). Mas isso não faz mudar a titularidade do transporte ferroviário para o Estado e Município, que deverá acatar a determinação do “direito de passagem” estabelecido pela União, por exemplo.

O que foi definido como transporte ferroviário de passageiros e cargas ao longo do SNV- Sistema Nacional de Viação, bem como a exploração dos ativos é de competência da ANTT. Por outro lado, a Lei 11483/07 impôs ao DNIT e ao IPHAN, por exemplo, nos arts. 8º e 9º, o recebimento de alguns bens⁵ que não forem utilizados na infraestrutura ferroviária pela ANTT.

⁵ Art. 8o Ficam transferidos ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT:

I - a propriedade dos bens móveis e imóveis operacionais da extinta RFFSA;

II - os bens móveis não-operacionais utilizados pela Administração Geral e Escritórios Regionais da extinta RFFSA, ressalvados aqueles necessários às atividades da Inventariança; e

III - os demais bens móveis não-operacionais, incluindo trilhos, material rodante, peças, partes e componentes, almoxarifados e sucatas, que não tenham sido destinados a outros fins, com base nos demais dispositivos desta Lei.

IV - os bens imóveis não operacionais, com finalidade de constituir reserva técnica necessária à expansão e ao aumento da capacidade de prestação do serviço público de transporte ferroviário, ressalvados os destinados ao FC, devendo a vocação logística desses imóveis ser avaliada em conjunto pelo Ministério dos Transportes e pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, conforme dispuser ato do Presidente da República. (Incluído pela Lei nº 11.772, de 2008)

Art. 9o Caberá ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN receber e administrar os bens móveis e imóveis de valor artístico, histórico e cultural, oriundos da extinta RFFSA, bem como zelar pela sua guarda e manutenção.

§ 1o Caso o bem seja classificado como operacional, o IPHAN deverá garantir seu compartilhamento para uso ferroviário.

§ 2o A preservação e a difusão da Memória Ferroviária constituída pelo patrimônio artístico, cultural e histórico do setor ferroviário serão promovidas mediante:

Cabe à ANTT, portanto, exercer parcialmente a competência da União no que tange ao serviço público de transporte ferroviário ao longo do SNV. Estados e Municípios não podem interferir por completa ausência de competência.

Atualmente classificam-se os modelos com base nos incisos I e II do art. 22 da Lei 10233/01 em vertical e horizontal. No modelo vertical se concentra a outorga da administração da infraestrutura e do transporte ferroviário na mesma pessoa. Já no modelo horizontal, a administração da infraestrutura é realizada por uma pessoa, que concede o direito de passagem em determinados horários para outra ou outras pessoas. O ordenamento jurídico não estabeleceu *a priori* o modelo a ser utilizado, mas determinou que qualquer que seja ele, seja vinculado ao dever da boa administração pelo Princípio da Eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal).

Para delimitar ainda mais a competência da União no que tange ao transporte ferroviário é necessário analisar os requisitos do tipo de transporte ferroviário que a União tem interesse.

7. DO SISTEMA NACIONAL DE VIAÇÃO - LEI 12.379/11

Em 2011, a Lei 12379/11 estabeleceu critérios para a caracterização do Sistema Nacional de Viação – SNV, quando houve uma escolha pela criação do subsistema ferroviário federal, em que ficaram estabelecidos requisitos para justificar o interesse federal.

Assim, o que não faz parte do Subsistema Ferroviário Federal previsto na Lei 12379/11 não é prioridade e, portanto, pode e deve ter outra utilidade, como previsto no art. 24, ou desativando ou erradicando os trechos inexpressivos.

De plano, percebe-se uma incongruência entre a Lei 12379/11 e a Resolução Nº 359, de 26 de novembro de 2003, que dispõe sobre os procedimentos relativos à prestação não regular e eventual de serviços de transporte ferroviário de passageiros com finalidade turística, histórico-cultural e comemorativa. A Lei 12379/11 veda a atuação da ANTT que não atendam aos requisitos do art. 20 acima.

Reconhece-se que o art. 25, inciso VII, da Lei nº 10.233, de 2001, estabelece como atribuição específica da ANTT contribuir para a preservação do patrimônio histórico e da

I - construção, formação, organização, manutenção, ampliação e equipamento de museus, bibliotecas, arquivos e outras organizações culturais, bem como de suas coleções e acervos;

II - conservação e restauração de prédios, monumentos, logradouros, sítios e demais espaços oriundos da extinta RFFSA.

§ 3º As atividades previstas no § 2º deste artigo serão financiadas, dentre outras formas, por meio de recursos captados e canalizados pelo Programa Nacional de Apoio à Cultura - PRONAC, instituído pela Lei no 8.313, de 23 de dezembro de 1991.

§ 4º (VETADO)

memória das ferrovias, mas deve ser feito em cooperação com as instituições associadas à cultura nacional, orientando e estimulando a participação dos concessionários do setor.

Sabe-se também que o art. 13, inciso V, da Lei nº 10.233, de 2001, dispõe que a prestação não regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros, desvinculado da exploração da infraestrutura e sem caráter de exclusividade, se dará sob a forma de autorização; mas certamente o transporte ferroviário que não atende os requisitos territoriais da Constituição deve ser encaminhado aos seus titulares de direito para que possam executar sua competência.

Cumprido ressaltar que os Municípios e Estados fazem parte do Sistema Nacional de Viação cujo objetivo é promover a integração com o sistema federal, de modo a possibilitar a circulação econômica, e assumir segmentos da infraestrutura viária, inclusive executando obras.

Como descrito no art. 40, a União pode outorgar aos Estados, Municípios e Distrito Federal segmentos da infraestrutura viária federal que abrangem o transporte de cargas e passageiro por trens.

Deste modo, os sistemas municipais, estaduais devem estar integrados ao SNV- Sistema Nacional de Viação; que é composto pelos transportes rodoviários, aquaviários, aeroviários e ferroviários, e que devem, outrossim, ser integrados em nível municipal e estadual. Atualmente a ANTT pretende integrar todos os meios de transportes por meio do PIL- Plano de Infraestrutura e Logística (Disponível em < <http://pilferrovias.antt.gov.br/index.php/content/view/1195/>> Acesso em 28 de mar. de 2016).

8. DA DESCENTRALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO COLETIVO DE PASSAGEIROS, URBANO E SUBURBANO, DA UNIÃO PARA OS ESTADOS E MUNICÍPIOS

Como preconizado pela Lei 12379/11 o SNV-Sistema Nacional de Viação deve ser integrado, garantindo a unidade nacional (art. 4º).

A Lei 8693/93 buscou justamente dar concretude à Constituição na medida em que propôs a descentralização dos serviços de transporte ferroviário coletivo de passageiros urbano e suburbano da União para estados e municípios.

Em outras palavras, o simples fato da administração da infraestrutura e do transporte ferroviário municipal ou estadual não ter sido ainda assumido pelos Estados e Municípios não altera a competência constitucional destes entes.

Os aspectos gerenciais e políticos são distintos dos aspectos jurídicos. A perspectiva deontológica do Direito não é necessariamente maculada pela perspectiva política ou gerencial.

A legislação federal toda supracitada juntamente com a Lei 8693/93 impõe o dever da União de focar no que é de sua competência e descentralizar as atividades que não são pertinentes as suas atribuições.

Cumprir lembrar que o Regulamento dos transportes Ferroviários (Decreto Nº 1832/96) surgiu para disciplinar a Lei 8693/93 nesse sentido.

O art. 12 da Lei 10233/01 prevê a utilização de convênios de delegação, ou outorgas mediante concessão, permissão ou autorização para o transporte terrestre que abrange o ferroviário. O que não impede outras formas de parcerias em sentido genérico sejam criadas.

A Resolução Nº 3.695/11, de 14 de julho de 2011, que aprova o Regulamento das Operações de Direito de Passagem e Tráfego Mútuo, visando à integração do Sistema Ferroviário Nacional, prevê a hipótese de Contrato Operacional Específico para permitir a passagem e o tráfego mútuo.

Percebe-se que o direito de passagem e tráfego mútuo previsto na Resolução Nº 3.695/11 diz respeito tão somente às concessionárias e ao transporte de cargas. Por isso, no caso de transporte de passageiros para interessados que ainda não sejam concessionários, é necessário fazer novas regulamentações. Nada impede enquanto não ocorra a devida regulamentação que a Resolução Nº 3.695/11 também seja usada para passageiros e convênios de delegação previstos na Lei 10233/01 no que for possível.

9. DO PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO

Outro ponto importante na análise do modelo regulatório de transporte ferroviário é a necessidade ou não de licitação.

O art. 21, XII, como também o art. 175 da CF, determinam que sempre que a exploração do serviço público não for direta deverá haver licitação para concessão e permissão. No caso de autorização, em tese não caberia licitação.

Todavia, o processo seletivo público previsto no parágrafo único do art. 47-B da Lei 10233/01 representa uma exceção que nada mais é do que a expressão do Princípio da Licitação.

A licitação é também um princípio de Direito cujo objetivo é permitir a impessoalidade e a melhor contratação pelo poder público. Há hipóteses de dispensa inexistência de licitação, mas somente são verificáveis após a análise do caso concreto.

O legislador esteve atento ao Princípio da Licitação na recente mudança da Lei 10233/01 quando determinou a autorização nas hipóteses do art. 13, V.

O instituto da autorização previsto no artigo 43, I, da Lei 10233/01 determina que não haja licitação para os casos de autorização.

Porém, no art. 47-b, parágrafo único, há previsão do processo seletivo público para outorga de autorização, que nada mais é do que uma forma de licitação, ou melhor, processo de escolha dos prestadores ou fornecedores.

Em outras palavras, nas hipóteses em que não ocorrer viabilidade técnica para que todos os interessados nas autorizações possam prestar o serviço, deverá haver a escolha daqueles que melhor atendam o interesse público. Essa escolha é manifestação do Princípio da Licitação.

O raciocínio é o mesmo para o operador ferroviário independente (art. 13, V, “d”, da Lei 10233/01). Em princípio não é necessária a licitação, mas pode ser que em função das condições do mercado surja a necessidade.

Logo, mesmo com a mudança da Lei 10233/01, se houver vários interessados, certamente o poder público deverá fazer a melhor escolha por meio de licitação/processo seletivo público. Não é o fato de o legislador denominar de autorização que haverá a descaracterização do serviço público e da necessidade de concorrência. A licitação é consequência da necessidade de impessoalidade e eficiência na prestação do serviço ensejando uma análise principiológica também.

Logicamente, quando for a hipótese do art. 40 da Lei 12379/11- Sistema Nacional de Viação, que permite a outorga a Estados e Municípios, será a hipótese de convênio de delegação como previsto no art. 12, I, da Lei 10233/01.

10.CONCLUSÃO

O marco legal do transporte ferroviário brasileiro foi criado para desenvolver um sistema dinâmico catalisador do desenvolvimento do país.

O plano legal foi estabelecido permitindo a partir dos editais e contratos formatar o modelo vertical ou horizontal, seja de transporte ou de cargas.

Contudo, mesmo passados quase 30 anos da promulgação da Constituição Federal, muito ainda há que ser feito para permitir a implantação do planejamento legal (VELOSO, 2014).

A União continua sendo a principal responsável pela maioria dos trechos independentemente da sua competência constitucional. Cabe a ela gerar segurança jurídica para a implementação do marco legal do modelo vertical ou horizontal.

O Brasil precisa de um sistema de transporte ferroviário que permita a interoperabilidade, a intermodalidade e a sustentabilidade do sistema. E, para isso, a implementação do planejamento legal é de fundamental importância.

11.REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > Acesso em: 28 mar. 2016.

BRASIL. Lei n 10.233, de 05 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 Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 10 de julho de 2001b. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm >. Acesso em: 28 mar. 2016.

BRASIL. Lei n 11483, de 31 de maio de 2007. Dispõe sobre a revitalização do setor ferroviário, altera dispositivos da Lei no 10.233, de 5 de junho de 2001, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 31 de maio de 2007. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11483.htm >. Acesso em: 28 mar. 2016.

BRASIL. Lei n 12379, de 06 de janeiro de 2011. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Viação – SNV. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12379.htm>. Acesso em: 28 mar. 2016.

CASTILLO, Maria Isabel. Regulación y régimen del sector ferroviário. IN: MACHADO, Santiago Munoz (ORG). Derecho da Regulación Económica: VI Transportes. Madrid: Iustel, 2010. P.484.

MORAES, Alexandre de. Manual de Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA, Ricardo Wagner Carvalho de. Direito dos Transportes Ferroviários. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUTO apud OLIVEIRA, Ricardo Wagner Carvalho de. Direito dos Transportes Ferroviários. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TIMÓN. Antonio J. Alonso. Sectores Regulados: Sector energético, Sector del transporte y Sector de lãs telecomunicaciones.Madrid. Dykison, 2014.

VELOSO, Juliano Ribeiro Santos. Direito ao Planejamento. Belo Horizonte, Dplacido: 2014.