



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

VOTO DDB

RELATORIA: DDB

TERMO: VOTO À DIRETORIA COLEGIADA

NÚMERO: 49/2020

OBJETO: SOLICITAÇÃO DE MERCADOS PELA EMPRESA NORDESTE TRANSPORTES LTDA

ORIGEM: SUPAS

PROCESSO (S): 50500.306882/2019-70

PROPOSIÇÃO PRG: NÃO HÁ

ENCAMINHAMENTO: À VOTAÇÃO – DIRETORIA COLEGIADA

**1. DO OBJETO**

1.1. Trata-se de pedido de outorga de mercados feito pela empresa Nordeste Transportes Ltda, CNPJ nº 76.299.270/0001-07, para a operação de novos mercados e consequente alteração da Licença Operacional - LOP nº 83.

**2. DOS FATOS**

2.1. O processo tem início com o protocolo de requerimento (0069253), datado de 1º de abril de 2019, em que a empresa Nordeste Transporte Ltda solicitou a autorização de um conjunto de mercados, conforme relação a seguir:

UF Origem	Município de Origem	UF Destino	Município Destino
PR	FOZ DO IGUAÇU	SP	JUNDIAÍ
PR	FOZ DO IGUAÇU	SP	SÃO PAULO
PR	MEDIANEIRA	SP	SÃO PAULO
PR	CASCAVEL	SP	JUNDIAÍ
PR	CASCAVEL	SP	SÃO PAULO
PR	CAMPO MOURÃO	SP	SÃO PAULO
PR	MARINGÁ	SP	JUNDIAÍ
PR	MARINGÁ	SP	SÃO PAULO
PR	LONDRINA	SP	JUNDIAÍ
P R	LONDRINA	SP	SÃO PAULO

2.2. A SUPAS promoveu a divulgação do mercado no endereço eletrônico "[http://www.antt.gov.br/passageiros/Mercados\\_Novos.html](http://www.antt.gov.br/passageiros/Mercados_Novos.html)", com fulcro no § 1º do art. 72 da Resolução nº 4.770, de 30 de junho de 2015, possibilitando tanto a manifestação de interesse das empresas em operá-los, como também que fossem apresentados pedidos de impugnação, o que fora facultado pela Portaria SUPAS nº 249, de 9 de novembro de 2019.

2.3. Com esse intento, de impugnação à solicitação da Nordeste Transporte Ltda, foram protocolados três pedidos, todos anexados ao Processo 50500.306882/2019-70:

- a) Processo 50505.317620/2019-91, da Auto Viação Catarinense Ltda, em conjunto com a Viação Cometa S/A, recebido no dia 26 de abril de 2019 (0223508);
- b) Processo 50500.319523/2019-82, da EXPRESSO GUANABARA S/A, recebido no dia 1º de maio de 2019 (0232465); e
- c) Processo 50500.320629/2019-29, da Viação Garcia Ltda, recebido no dia 3 de maio de 2019 (0247433)

2.4. No dia 9 de agosto de 2019, após mais de 3 (três) meses sem qualquer movimentação no processo, foi juntado aos autos um anexo com o Relatório dos Níveis de Implantação do Monitriip da Nordeste Transportes Ltda (0999050), referente ao período de fevereiro de 2019, o qual indicava a empresa no nível I de implantação do Monitriip, de que trata a Deliberação nº 134, de 21 de março de 2018.

2.5. Para fins cronológicos, ao longo da tramitação desse processo foi publicada a Deliberação nº 955, de 22 de outubro de 2019, que em linhas gerais teve o condão de revogar expressamente normas e disciplinas regulatórias tacitamente revogadas, na medida em que limitavam a plena eficácia do inciso II do art. 43 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001.

2.6. Não obstante a edição da Deliberação nº 955, de 2019, e dos prazos constantes de seu art. 4º, o andamento do processo no SEI continuou sem qualquer movimentação até o dia 31 de dezembro de 2019, quando foram juntados ao processo o OFÍCIO CIRCULAR SEI Nº 1304/2019/GETAU/SUPAS/DIR-ANTT (2361539) e o e-mail (2361540) que o encaminhou ao conjunto de empresas do setor.

2.7. Esse ofício informava às empresas sobre um novo conjunto de formulários, por meio do

qual estas deveriam enviar as "infraestruturas" e as "propostas de esquema operacional". Apesar de datado do dia 11 de dezembro de 2019, o ofício só foi assinado no dia 26 de dezembro, tendo sido enviado por mensagem eletrônica no mesmo dia.

2.8. Consta também da árvore do processo o OFÍCIO CIRCULAR SEI N° 1384/2019/GETAU/SUPAS/DIR-ANTT (2401638), de 24 de dezembro de 2019, em que o Superintendente de Serviços de Transportes de Passageiros convoca as empresas "com pedidos de solicitação de mercados pendentes de decisão final por parte da Diretoria da ANTT" para apresentar a documentação para requerimento de licença operacional dos protocolos que lista em seu anexo. Não consta do processo nenhum "e-mail" indicando em que data esse ofício circular teria sido enviado às empresas. O que se sabe é que ele só foi juntado ao processo no dia 7 de janeiro de 2020.

2.9. No dia 9 de janeiro corrente a Auto Viação Catarinense Ltda, mais uma vez em conjunto com a Viação Cometa S/A, protocolou Embargos de Declaração "em face ao OFÍCIO CIRCULAR SEI N° 1384/2019/GETAU/SUPAS/DIR-ANTT (2401638), que enquadrou a empresa Nordeste Transportes Ltda. na previsão do art. 4º da Deliberação n° 955/2019, nos autos do processo n° 50500.306882/2019-70", sob uma alegação genérica de que o fato da Nordeste Transporte Ltda possui um termo de autorização (TAR) e uma licença operacional (LOP) não lhe asseguraria o direito de operar os mercados requeridos.

2.10. Convém lembrar que Auto Viação Catarinense Ltda e a Viação Cometa S/A já haviam protocolado um pedido de impugnação no âmbito desse processo.

2.11. No dia 16 de junho, por meio do OFÍCIO CIRCULAR SEI N° 35/2020/GETAU/SUPAS/DIR-ANTT (2466756), o Superintendente de Serviços de Transportes de Passageiros respondeu aos embargos de declaração acima referido, indicando que o ofício circular questionado seria apenas um instrumento convocatório e não autorizativo, e que a Nordeste Transportes Ltda deveria atender a todos os requisitos da Resolução n° 4.770, de 2015, para que seu pedido possa ser deferido.

2.12. No dia 21 de fevereiro, em resposta ao OFÍCIO CIRCULAR SEI N° 1384/2019/GETAU/SUPAS/DIR-ANTT (2401638) e a um "e-mail" GETAU, de 20 de fevereiro de 2020, não juntado aos autos, a Nordeste Transporte Ltda apresentou a listagem "com todos os mercados do pedido, informando quais mercados a empresa utilizará, em que processo se encontra a documentação e de quais mercados a empresa irá desistir" (2757368).

2.13. Por meio desse documento a empresa manteve o interesse na relação de mercados de seu requerimento inicial, indicando que esses mercados seriam inseridos como seção na linha 09-0051-00, e que a documentação da solicitação (2735455) constaria do Processo 50500.016607/2020-09, protocolado no dia 19 de fevereiro de 2020, e posteriormente complementada pela documentação de cadastro de infraestrutura (2754082), no dia 21 de fevereiro.

2.14. Nesse mesmo dia 21 de fevereiro o processo foi atribuído ao técnico responsável por avaliar a documentação apresentada, o qual juntou aos autos o conjunto de "check lists" utilizado para analisar os pleitos de outorga de mercados, no caso: infraestrutura (2816594), motoristas (2816597), frota (2816600), frequência mínima (2816605) e cadastro da linha (2816645), o que se deu no dia 27 de fevereiro corrente.

2.15. Ainda no dia 27 de fevereiro foram inseridos na árvore do processo no SEI, a saber: a NOTA TÉCNICA - ANTT 770 2816667), a MINUTA DE DELIBERAÇÃO GETAU 2816712) e o RELATÓRIO À DIRETORIA 82816720), em cumprimento à Portaria do Diretor-Geral n° 342, de 05 de julho de 2017.

2.16. Conjuntamente a esses documentos, foi juntada ao processo o ANTT - OFÍCIO 3746 (2816803), em que a SUPAS mais uma vez se refere ao embargo de declaração interposto pela Auto Viação Catarinense Ltda e a Viação Cometa S/A, mas sem acrescentar nenhuma informação relevante ou mesmo se posicionar frente ao embargo apresentado.

2.17. Por meio da supracitada nota técnica, a GETAU informou que o pleito da empresa cumprira todos os requisitos estabelecidos pela Resolução n° 4.770, de 2015, estando apto para deliberação superior.

2.18. A instrução do processo na GETAU se encerrou no 28 de fevereiro de 2020, momento em que a Gerente de Transporte Regular de Passageiros Autorizado assinou a NOTA TÉCNICA - ANTT 770 (2816667). Já a tramitação na área foi finalizada em 3 de março corrente, quando esse conjunto de documentos foi disponibilizado no bloco de assinaturas do SEI da Superintendência de Serviços de Transportes de Passageiros.

2.19. Mais uma vez para fins de marco cronológico, no dia 6 de abril de 2020 encaminhei o DESPACHO DDB 3163489) à SUPAS, nos autos do Processo 50500.410787/2019-70, solicitando a atualização dos pedidos de solicitação de mercados do TRIP, vez que até aquele momento aquela unidade não havia encaminhado nenhum processo de outorga de mercados para deliberação da Diretoria Colegiada, não obstante o passivo de processos existentes com esse objeto:

3. Nota-se que não obstante os esforços da Diretoria Colegiada para retirar do marco regulatório setorial os atos e comandos normativos que conflitavam com a plena eficácia do inciso II do art. 43 e do art. 45 da Lei n° 10.233, de 5 de junho de 2001, passados mais de 5 (cinco) meses de publicação da Deliberação n° 955, de 2019, não foi encaminhado nenhum processo de outorga de mercados para deliberação da Diretoria da Agência, exceção feita aos pedidos decorrentes de decisões judiciais, em grande parte derivadas da mora administrativa da Agência na apreciação das solicitações das empresas.

4. De forma a poder entender os porquês da inexistência de novas outorgas, frente a um cenário normativo-regulatório mais favorável ao incremento da concorrência no setor, se faz necessário que a SUPAS atualize o "status" de todos os pedidos realizados até o último dia 31 de março, possibilitando que a Diretoria da Agência tome conhecimento da realidade setorial e possa atuar, se assim for necessário.

2.20. No mesmo dia 6 de abril, os documentos disponibilizados pela GETAU foram assinados

pelo superintendente da área, mais de um mês após terem sido encaminhados pela unidade técnica. Isso possibilitou seu envio à Secretaria-Geral para inclusão na pauta de sorteio, o que se deu por meio do DESPACHO APGAB 3(177935), como também o envio de mensagem eletrônica às empresas as quais se direcionava o ANTT - OFÍCIO 3746 2(816803), relativo ao embargo de declaração.

2.21. Em 7 de abril de 2020 o processo foi distribuído mediante sorteio a esta Diretoria, por meio do DESPACHO SEGER (3181283) para análise e proposição na reunião da Diretoria Colegiada.

2.22. Já no dia 20 de abril corrente, foi apresentado pedido de impugnação pela empresa Viação Esmeralda Transportes Ltda (3263964), por meio do qual sustenta que as alterações da Lei nº 12.996, de 18 de junho de 2014, seriam eivadas de inconstitucionalidade, conforme consta no parecer do Procurador Geral da República apresentado nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5549, pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal - STF, indicando que a Agência deveria aguardar o posicionamento do STF, sobrestando todos os processos de outorgas de mercados em curso na ANTT.

2.23. Ante a prática recorrente das empresas do setor em apresentar pedidos de impugnação nos processos de outorgas de mercado, instei a Assessoria DDB, para que em sede de assessoramento técnico, avaliasse a possibilidade de serem conhecidos os pedidos de impugnação apresentados contra requerimentos de solicitação de mercados, tendo em vista a revogação da Portaria SUPAS nº 249, de 9 de novembro de 2018. Esse trabalho foi concretizado na NOTA TÉCNICA - ANTT 16593(241463), de 4 de maio de 2020 e foi utilizado como base na análise dessas impugnações neste Voto.

### 3. DA ANÁLISE PROCESSUAL

3.1. O processo trata de um pedido de outorga de mercados para prestação de serviço regular de transporte rodoviário coletivo interestadual de passageiros, TRIP, por meio de uma relação de mercados a constarem de uma licença operacional.

3.2. Antes de passar à análise dos autos, entendo relevante discorrer brevemente sobre o processo de inflexão legislativa promovido pela Lei nº 12.996, de 18 de junho de 2014, que reposicionou o TRIP em um ambiente de livre e aberta competição, com liberdade tarifária, por meio da alteração da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001.

3.3. Tratou-se de um movimento legislativo dado no âmbito da Medida Provisória nº 638, de 17 de janeiro de 2014, e que segundo o relatório da comissão que conduziu os trabalhos que culminaram com a alteração da forma de delegação da prestação do serviço, se fundou na seguinte perspectiva:

"Pretende-se, assim, que a **delegação** da atividade seja realizada de maneira mais **célere e eficiente**. Os regimes de concessão e permissão como praticados nos últimos anos, via Ministério dos Transportes e ANTT, já se mostraram inadequados e de difícil operacionalização, porque suas naturezas implicam regras incompatíveis com a dinamicidade do setor, engessando, portanto, as ações tanto do setor público, como das empresas operadoras.

[...] Indubitavelmente, esse avanço será benéfico para o setor público, representado pela ANTT, para as operadoras que prestam os serviços, para os trabalhadores, cujos empregos não permanecerão em risco e, em último, para os **usuários**, que **deverão arcar com tarifas mais reduzidas**, haja vista o **aumento da competição no setor**." (grifos acrescentados)

3.4. Ao fazê-lo, contudo, o Congresso Nacional facultou que a ANTT mantivesse o controle tarifário por um período de até 5 (cinco) anos. O regime de autorização sob o qual o TRIP foi reposicionado já existia na Lei nº 10.233, de 2001, fundado em três características: inexistência de licitação; liberdade de preços em um ambiente de livre e aberta competição; e inexistência de prazo de vigência.

3.5. Justamente essas características, quando presentes de forma conjunta, possibilitariam que o fim almejado com a alteração do regime de delegação da prestação do serviço pudesse ser alcançado, possibilitando outorgas mais **céleres e eficientes**, proporcionando que os **usuários** usufruissem de **tarifas mais reduzidas** em decorrência do **incremento da competição no setor**.

3.6. Sob esse plano normativo foi publicada a Resolução ANTT nº 4.770, de 2015, estabelecendo as regras para obtenção de autorização para a prestação desses serviços.

3.7. De forma resumida, a norma foi estrutura em duas grandes partes, uma estrutura estável e uma transitória – arts. 68 a 78. Essa última tinha o condão de reger setor durante o período de controle tarifário facultado pela Lei nº 12.996, de 2014.

3.8. Ou seja, durante o período que ia da publicação da norma até o início da vigência da liberdade tarifária – dia 19 de junho de 2019 –, ou até que a Agência definisse o alcance do conceito de inviabilidade operacional, as regras válidas de ingresso no setor constavam da estrutura transitória da norma, que funcionavam em consonância com outros comandos da parte estável do texto regulatório.

3.9. Ao mesmo tempo, encontravam-se presentes disciplinas concorrentes, ou seja, que não poderiam gerar efeito ao mesmo tempo, como as do quadro abaixo.

Quadro 1 – Comandos concorrentes no corpo da Resolução nº 4.770, de 2015

PARTE ESTÁVEL	PARTE TRANSITÓRIA
	Art. 71. Decorridos 210 (duzentos e dez) dias da data da vigência desta Resolução, a ANTT divulgará o número de vagas disponíveis para os mercados que não foram solicitados no prazo estabelecido no art. 69 e para os mercados atendidos por autorizatárias que tiveram seus pleitos indeferidos. § 1º Qualquer transportadora que possua Termo de Autorização vigente poderá manifestar

<p>Art. 27. <b>A ANTT divulgará os mercados solicitados</b> para que qualquer transportadora, no prazo de até 30 (trinta) dias, possa apresentar manifestação de interesse em operá-los. Parágrafo único. A ANTT analisará os pleitos referentes aos mercados em que não houver necessidade de processo seletivo público e divulgará os mercados que serão submetidos a processo seletivo público.</p>	<p>interesse no atendimento desses mercados no prazo de até 30 (trinta) dias da divulgação. § 2º Quando o número de interessados em determinado mercado superar, nos termos do caput, a quantidade de vagas disponíveis, será realizado processo seletivo público. § 3º Após análise das solicitações e manifestações, <b>a ANTT divulgará os mercados que serão submetidos a processo seletivo público.</b></p> <p>Art. 72. Decorridos 210 (duzentos e dez) dias da data da vigência desta Resolução qualquer transportadora com Termo de Autorização vigente poderá solicitar mercados novos. § 1º <b>A ANTT divulgará os mercados solicitados</b> para que os interessados se manifestem no prazo de até 30 (trinta) dias. § 2º Quando o número de interessados em determinado mercado superar a quantidade de vagas estabelecidas no Art. 70, será realizado processo seletivo público. § 3º Após análise das solicitações e manifestações, <b>a ANTT divulgará os mercados que serão submetidos a processo seletivo público.</b></p>
<p>Art. 42. É considerada inviabilidade operacional situações que configurem concorrência ruínosa ou restrições de infraestrutura. ... § 2º Na outorga de novos mercados deverão ser considerados possíveis impactos nos mercados já existentes, para que não seja caracterizada sua inviabilidade operacional.</p>	<p>Art. 70. Até a finalização dos estudos de avaliação de mercados previstos nos termos do Art. 73 desta Resolução, o número de autorizatárias por mercado estará limitado a: I - quantidade de autorizatárias existentes por mercado, considerando a data de entrada em vigência desta resolução; e II - duas transportadoras em cada mercado novo.</p>
<p>Art. 54. A tarifa é exercida em liberdade de preços dos serviços.</p>	<p>Art. 76. A ANTT fixará o Coeficiente Tarifário Máximo até a data de 18 de junho de 2019.</p>
<p>Art. 55. A autorizatária deverá oferecer, na frequência mínima estabelecida pela ANTT, as gratuidades e os benefícios tarifários aos usuários, independentemente da categoria do ônibus utilizado.</p>	<p>Art. 75. Até o dia 18 de junho de 2019, a autorizatária ficará obrigada a ofertar o serviço convencional, no mínimo, na frequência mínima estabelecida pela ANTT. § 1º Para atendimento da frequência mínima, poderá ser utilizado ônibus convencional ou de categoria superior, sendo obrigatória a cobrança de tarifa de serviço convencional. § 2º A autorizatária deverá oferecer, no serviço convencional, as gratuidades e os benefícios tarifários aos usuários, independentemente da categoria do ônibus utilizado.</p>

3.10. Uma leitura atenta deixa claro que a eficácia desses comandos não poderia coexistir no marco regulatório, logo, a produção de efeitos por parte do art. 70 implicava automaticamente na inaplicabilidade do art. 42, da mesma forma que não poderia haver liberdade de preços de serviços, art 54, enquanto a ANTT fixasse o coeficiente tarifário, art. 76, e assim sucessivamente.

3.11. Esse recorte é importante porque a disciplina transitória da Resolução nº 4.770, de 2015 era extremamente objetiva, o que reputo como uma escolha regulatória adequada para um período de transição após a mudança de regime de delegação da prestação de serviço.

3.12. Sucintamente, o art. 70 do texto regulatório previa a manutenção do nível concorrencial nos mercados que já eram atendidos pelo setor de transporte interestadual (inciso I), ao mesmo tempo em que fomentava a concorrência e o incremento dos mercados a serem atendidos ao permitir o ingresso de 2 (duas) empresas nos chamados mercados novos (inciso II).

3.13. Essa disciplina, objetivamente, buscava incrementar a rede de transportes de passageiros interestadual, concorrendo à universalidade da prestação de serviço, ao mesmo tempo em que garantia alguma concorrência em essas ligações, permitindo que elas fossem atendidas por até duas empresas.

3.14. Buscava-se, com isso, ampliar a rede de atendimento de TRIP, possibilitando uma transição mais suave do regime anterior até a plena eficácia da liberdade tarifária em um ambiente de livre e aberta competição.

3.15. Isso possibilitaria que as características do regime de autorização, constantes do art. 43 da Lei nº 10.233, de 2001, pudessem alcançar sua eficácia plena em um setor que passaria a ser dotado de uma mínima cultura concorrencial, possibilitando não somente a diversificação da prestação de serviço, e a consequente ampliação do leque de opções tarifárias, como também uma maior eficiência setorial.

3.16. O fato, contudo, é que esse intento não foi alcançado, em grande medida em razão da positivação no marco regulatório setorial de 3 (três) atos normativos: a Deliberação nº 224, de 17 de agosto de 2016, a Resolução nº 5.629, de 27 de dezembro de 2017, e a Portaria SUPAS nº 249, de 17 de novembro de 2018.

3.17. Independentemente da motivação que governou a edição dessas normas, é incontroverso que esses atos promoveram a revogação tácita da disciplina do art. 72 da Resolução nº 4.770, de 2015, ainda que não tenham sido submetidos ao mesmo rigor formal desta resolução.

3.18. O art. 72 Resolução nº 4.770, de 2015, por seu turno, era a principal fonte irradiadora de objetividade da norma em esse período de transição até a liberdade tarifária, permitindo a ampliação da oferta de serviços e o incremento concorrencial no setor de transporte rodoviário coletivo interestadual de passageiros.

3.19. A avaliação do resultado regulatório dessa atuação não deixa dúvida quanto à sua dissonância em relação aos objetivos que levaram à edição da Lei nº 12.996, de 2014.

3.20. Passados quase 6 (seis) anos de edição da lei que promoveu essa inflexão normativa, praticamente não existe diferença na rede de atendimento do serviço de TRIP, o número de empresas atuando em esse mercado diminuiu em vez de aumentar, assim como não houve a ampliação do número de municípios efetivamente atendidos pelo setor, pelo contrário.

3.21. Essa realidade começou a ser alterada há cerca de 6 (meses), por meio da edição da Deliberação nº 955, de 2019, que teve o condão de retirar expressamente do mundo jurídico

comandos e atos normativos tacitamente revogados, reconectando o marco regulatório do setor com a intenção manifesta pelo legislador quando reposicionou o TRIP sob um ambiente de livre e aberta competição, com liberdade tarifária.

3.22. Com base nos dados constantes da planilha o com andamentos atualizado dos pedidos de mercados entre 2016 e edição da Deliberação nº 955, de 2019 (3217669) – encaminhada pela SUPAS à Diretoria Colegiada a partir dos questionamentos do DESPACHO DDB (3163489) –, constam cerca de 1400 (mil e quatrocentos) solicitações de licenças operacionais, sendo aproximadamente 1200 (mil e duzentas) pendentes de decisão final por parte da ANTT.

3.23. Em análise realizada pela minha assessoria, em grandes números esse montante de pedidos resultaria, caso deferidos, em um incremento de cerca de 15% (quinze por cento) de outorgas em mercados já atendidos por outros operadores, **ampliando a concorrência**, e no aumento de aproximadamente 20% (vinte por cento) no total de mercados atendidos pelo TRIP, concorrendo à **universalização da prestação do serviço** de transporte rodoviário interestadual de passageiros.

3.24. São números significativos, que indicam que não apenas existe espaço, como também há apetite para ampliar a oferta de serviços de transporte, inclusive por meio de novos *players*, historicamente aliados desse setor, dado seu reconhecido grau de concentração.

3.25. Os efeitos da inflexão regulatória promovida pela Deliberação nº 955, de 2019, ainda tímidos, já se fazem perceber. O OFÍCIO CIRCULAR SEI Nº 376/2020/GETAU/SUPAS/DIR-ANTT (3065976), de 23 de março, lista um total de 125 (cento e vinte e cinco) pedidos de novas outorgas de mercados protocolados entre a Deliberação nº 955, de 2019, e o final do mês de fevereiro, mês que concentrou 123 (cento e vinte três) pedidos.

3.26. Esses pedidos foram apresentados por 19 (dezenove) empresas distintas, sendo que destas, 6 (seis) são empresas novas, ou seja, empresas que possuem o termo de autorização, mas não a licença operacional, ato que traz consigo a outorga do mercado propriamente dita.

3.27. Por outro lado, a tramitação desses pedidos não vem se dando como requerido pela Diretoria. A SUPAS levou mais de 5 (cinco) meses para encaminhar os primeiros processos de novas outorgas à apreciação da Diretoria Colegiada, em detrimento do comando expresso do *caput* do art. 4º da Deliberação nº 955, de 2019, que determinou expressamente que estes fossem analisados em até 60 (sessenta) dias, prazo que se encerrou no dia 30 de dezembro de 2019:

Art. 4º A SUPAS deverá analisar todos os pedidos de solicitação de mercados pendentes de decisão final por parte da Diretoria da ANTT em um prazo de até 60 (sessenta) dias da data de vigência desta Deliberação.

3.28. Não parece razoável que um processo relativamente simples tenha uma tramitação tão morosa, mesmo após a remoção das barreiras regulatórias que impediam a ampliação da concorrência em esse setor. Esse aspecto foi ressaltado na NOTA TÉCNICA - ANTT 1659 (3241463), elaborada pela Assessoria DDB, com a qual me alinho:

"4. Via de regra os processos de outorga de mercados não carregam grande complexidade. A despeito de algumas barreiras de entrada, que integram a obtenção do Termo de Autorização, por meio da verificação da regularidade e algumas qualificações das empresas, a inteligência da Resolução nº 4.770, de 30 de junho de 2015, concentrada no Capítulo II de seu Título II, arts. 25 a 40, reflete a singeleza dessa matéria."

3.29. De acordo com a resolução, para poder explorar esse tipo de serviço, a empresa deve possuir Termo de Autorização - TAR, que é obtido mediante a comprovação de regularidade jurídica, financeira, fiscal e trabalhista, bem como de sua qualificação técnico-profissional e técnico-operacional.

3.30. De posse do TAR, a empresa então requer à Agência a Licença Operacional - LOP, mediante a apresentação dos mercados que pretende operar, a relação das linhas, com suas seções e itinerário, frequência mínima, esquema operacional, quadro de horário, frota, motorista e a infraestrutura necessária para a operação do serviço:

Art. 25. As transportadoras habilitadas nos termos do Capítulo I desta Resolução poderão requerer para cada serviço, Licença Operacional, desde que apresentem, na forma estabelecida pela ANTT:

I - os mercados que pretende atender;

II - relação das linhas pretendidas, contendo as seções e o itinerário;

III - frequência da linha, respeitada a frequência mínima estabelecida no Art. 33 desta Resolução;

IV - esquema operacional e quadro de horários da linha, observada a frequência proposta;

V - serviços e horários de viagem que atenderão a frequência mínima da linha, estabelecida no Art. 33 desta Resolução;

VI - frota necessária para prestação do serviço, observado o disposto no art. 4º da Lei nº 11.975, de 7 de julho de 2009;

VII - relação das garagens, pontos de apoio e pontos de parada;

VIII - relação dos terminais rodoviários;

IX - cadastro dos motoristas; e

X - relação das instalações para venda de bilhetes de passagem nos pontos de origem, destino e seções das ligações a serem atendidas.

§ 1º Para as instalações referenciadas nos incisos VII, VIII e X, a transportadora deverá apresentar declaração de engenheiro civil ou arquiteto, com registro nos respectivos Conselhos de Classe, atestando a adequabilidade das instalações para a prestação dos serviços solicitados.

§ 2º A declaração de que trata o § 1º deverá ser firmada por profissional sem vínculo com a transportadora.

§ 3º A ANTT poderá solicitar à transportadora, a qualquer momento, esclarecimentos sobre os documentos por elas apresentados ou documentos complementares visando esclarecer ou sanar pendências.

3.31. Após a protocolização do pedido, o texto regulatório estabelece que os mercados

solicitados devem ser divulgados para que, no prazo de até 30 dias, qualquer transportadora possa manifestar interesse em operá-los. Até a edição da Deliberação nº 955, de 2019, essa divulgação se dava com base no § 1º do art. 71 – para os mercados que já possuíam operadores –, e no § 1º do art. 72, no caso dos chamados mercados novos, caso específico desse processo.

3.32. Revogados esses comandos normativos, a necessidade de divulgação se dá em razão do art. 27 da Resolução nº 4.770, de 2015, que passou a ter eficácia plena desde a edição da Deliberação nº 955, de 2019.

3.33. Findo o prazo e ciente da quantidade de interessados pelos mercados, a Agência avalia se haverá ou não a necessidade de realização de processo seletivo público, ante a possibilidade de inviabilidade operacional, prevista no art. 47-B da Lei nº 10.233, de 2001:

**Resolução ANTT nº 4.770, de 2015**

Art. 27. A ANTT divulgará os mercados solicitados para que qualquer transportadora, no prazo de até 30 (trinta) dias, possa apresentar manifestação de interesse em operá-los.

Parágrafo único. A ANTT analisará os pleitos referentes aos mercados em que não houver necessidade de processo seletivo público e divulgará os mercados que serão submetidos a processo seletivo público.

**Lei nº 10.233, de 2001**

Art. 47-B. Não haverá limite para o número de autorizações para o serviço regular de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, salvo no caso de inviabilidade operacional.

Parágrafo único. Na hipótese do *caput*, a ANTT poderá realizar processo seletivo público para outorga da autorização, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, na forma do regulamento.

3.34. Além disso, com a Deliberação nº 134, de 21 de março de 2018, a ANTT passou a exigir, como condição para a outorga de novos mercados, que a empresa tenha nível de implantação I na utilização do Sistema de Monitoramento do Transporte Interestadual e Internacional Coletivo - MONITRIIP, no caso das empresas que já exploram serviços autorizados pela ANTT, conforme se observa abaixo:

Art. 2º Os níveis de implantação do MONITRIIP para transportadora ~~de~~ **serviço regular** de transporte rodoviário interestadual de passageiros serão apurados mensalmente, escalonados da seguinte forma:

**I - Nível de implantação I:**

- a) recebimento dos dados do subsistema embarcado de todos os prefixos;
- b) recebimento correto dos dados do subsistema embarcado, representado pelo log de início e fim de viagem, de, pelo menos, 70% das viagens programadas; e
- c) recebimento dos dados do subsistema não embarcado de todos os prefixos.

II - Nível de implantação II: recebimento dos dados fora dos parâmetros estabelecidos no inciso I.

III - Nível de implantação III: não recebimento dos dados do MONITRIIP no período.

[...]

**Art. 4º Somente serão deferidos novos mercados às transportadoras detentoras de termos de autorização de que trata a Resolução nº 4.770, de 25 de junho de 2015, se estas estiverem enquadradas no nível de implantação I do MONITRIIP.**

[...]

**§ 4º O disposto no caput não se aplica às transportadoras com termo de autorização e que não sejam detentoras de licença operacional.**

[...] (grifo acrescido)

3.35. São basicamente estes os requisitos a serem observados por parte da unidade técnica quando de uma análise de requerimento de licença operacional.

3.36. Conforme consta na NOTA TÉCNICA - ANTT 770 (2816667) e no RELATÓRIO À DIRETORIA 88 (2816720), a empresa cumpriu todos os requisitos estabelecidos na Resolução ANTT nº 4.770/2015, assim como os mercados solicitados pela empresa foram devidamente divulgados pela SUPAS, no dia 5 de abril de 2019.

3.37. Portanto, entendo que o pleito estaria apto ao seu regular prosseguimento. Não obstante isso, importante tecer algumas considerações sobre a instrução processual e algumas escolhas regulatórias da SUPAS.

## TRAMITAÇÃO E PRAZOS DE ANÁLISE

3.38. O processo em análise teve início no dia 1º de abril de 2019, mas só foi encaminhado à Diretoria Colegiada no último dia 7 de abril, ou seja, mais de um ano após ter sido protocolado, e mais de 5 (cinco) meses após a edição da Deliberação nº 955, de 2019.

3.39. Não são prazos razoáveis, e que vão totalmente de encontro à celeridade requerida da ANTT após a alteração legislativa promovida pela Lei nº 12.996, de 2014.

3.40. Para além disso, expõe o setor a uma excessiva judicialização da regulação, comprometendo não apenas a imagem Agência, como também a própria eficiência do sistema de transporte interestadual.

3.41. Veja que nos autos o relatório com o nível de implantação do Monitriip só foi juntado à árvore do processo mais de 4 (quatro) meses após o requerimento de solicitação de mercados.

3.42. Entendo que solicitações de mercado realizadas por empresas que não estejam no nível I de Monitriip sequer deveriam ser objeto de divulgação, já que não há possibilidade de esses pedidos serem deferidos, ou seja, essa análise deveria ser a primeira ação de processos dessa natureza.

3.43. Depois disso, o processo ficou sem qualquer movimentação até o dia 31 de dezembro

de 2019, quando foi juntada à árvore do SEI um ofício circular informando sobre novos formulários. Já no dia 7 de janeiro de 2020 veio outro ofício circular, convocando as empresas de que tratava o art. 4º da Deliberação nº 955, de 2019.

3.44. Não foi juntada ao processo o e-mail que teria enviado esse último ofício, que foi assinado no dia 24 de dezembro de 2019. E por que essas datas seriam relevantes?

3.45. Porque elas indicam que a SUPAS não teria cumprido a determinação da Diretoria Colegiada, expressamente contida no caput do art. 4º da Deliberação nº 955, de 2019, de analisar os pedidos pendentes de decisão final por parte da Diretoria da ANTT no prazo de até 60 (sessenta dias).

3.46. O dia 30 de dezembro de 2019 marcava o prazo limite para essa análise. A preocupação da Diretoria com esse ponto restou evidenciada quando se estabeleceu a necessidade de encaminhamento por parte da SUPAS de um relatório quinzenal com o resultado do andamento dos trabalhos.

3.47. Em razão de ter sido o relator do processo que culminou na Deliberação nº 955, de 2019, instei minha assessoria para acompanhar o cumprimento desses prazos. Com esse intento foi encaminhado à SUPAS o ANTT - OFÍCIO 15714 (1812450), de 5 de novembro de 2019, que detalhava o alcance de cada comando normativo da citada deliberação. Sobre o art. 4º, escrevi:

"O art. 4º disciplina como a SUPAS deve enfrentar o estoque de pedidos de solicitação de mercado pendentes de decisão final por parte da Diretoria da ANTT, e para tanto estabelece um prazo de 60 dias, que devem ser contados a partir do dia 30 de outubro de 2019.

Ou seja, **todos os pedidos** de solicitação de mercado que não possuam decisão final da Diretoria da ANTT até o dia 29 de outubro corrente, **devem ser analisados pela SUPAS até o dia 30 de dezembro de 2019.**

O § 1º traz que a análise desses pedidos deve obedecer a ordem cronológica de seus requerimentos, ao passo que o § 2º indica que os pedidos de transferência de titularidade convertidos em pedidos de solicitação de mercado devem entrar na lista de análise pela data de protocolo do requerimento de transferência de mercado.

O § 3º disciplina o relatório quinzenal que a SUPAS deve encaminhar à Diretoria da ANTT. A SUPAS deverá encaminhar até 4 relatórios, nos dias 14/11/19, 29/11/19, 16/12/19 e, um Relatório Final, com a conclusão dos trabalhos, até o dia 30/12/19. A data do relatório final pode ser antecipada, a depender da data esperada de conclusão dos trabalhos de que trata o inciso VI do art. 4º.

Cada um desses relatórios deve indicar o total de pedidos de solicitação de mercado que compõem o estoque a ser analisado, assim como o total de pedidos analisados em cada quinzena, bem como a quantidade de pedidos deferidos. Importante ressaltar que se trata de um relatório elaborado ao nível da SUPAS, logo, como essa unidade não tem competência para outorgar mercados, a quantidade de pedidos deferidos deve ser interpretada em um sentido amplo. Ou seja, a SUPAS deve indicar a quantidade de pedidos analisados e sem qualquer pendência, e que foram encaminhados à Diretoria, ao mesmo tempo em que deve apresentar o total de pedidos aprovados pelo Diretoria da ANTT no período.

Ainda que se trate de relatórios quinzenais, é importante que cada relatório traga não apenas as informações atinentes ao seu período de referência, como também apresentem as informações acumuladas dos períodos anteriores.

A primeira parte do relatório reúne informações de caráter mais quantitativo, ao passo que a parte final tem uma natureza mais qualitativa. Nela devem ser indicados as principais pendências identificadas no exame dos pedidos de mercados, com seus respectivos percentuais de incidência. Em paralelo, devem ser apresentados os pedidos que foram arquivados, com a respectiva motivação do ato de arquivamento.

Em se tratando de pedidos de licenças operacionais, a análise deve ser regida pelo Capítulo II do Título II da Resolução nº 4.770/2015, logo as pendências e eventual arquivamento devem estar adstritos ao disposto no art. 26 da referida resolução.

Aos incisos IV e V vale a mesma lógica defendida aos incisos II e III, apresentar as informações do período de referência, assim como os resultados acumulados desde o início de análise.

Por fim a SUPAS deve estimar a data esperada de conclusão dos trabalhos. Tendo em vista que a decisão da Diretoria da agência conferiu à área um prazo de 60 dias, **caso essa superintendência entenda que não conseguirá cumprir com o cronograma, o Superintendente deve prover formas ao cumprimento dessa determinação, inclusive por meio da criação de um esforço concentrado com servidores dessa unidade.**

De forma a conferir transparência e previsibilidade aos agentes de mercado, tanto a ordem cronológica de análise dos pedidos, como os relatórios quinzenais de que trata o § 3º do art. 4º devem ser disponibilizados no "site" da ANTT. O relatório deverá ser disponibilizado após ser dada ciência à Diretoria da ANTT. A ciência deve ser dada por meio do SEI! (Sistema Eletrônico de Informações) no documento do relatório." (grifos acrescentados)

3.48. Em razão do atraso no envio do 1º relatório quinzenal, encaminhei o DESPACHO DDB (1971004), ao mesmo tempo em que indiquei entender que caberia ao Gabinete do Diretor-Geral, com base no inciso IV do art. 22 do Regimento Interno, passar a acompanhar o cumprimento dos prazos da Deliberação nº 955, de 2019, e informar aos Diretores sobre o andamento das atividades.

3.49. Essa Diretoria voltou a se manifestar por meio do DESPACHO DDB (2182901), de 6 de dezembro de 2019, em que analisa o primeiro relatório quinzenal enviado pela SUPAS, em que destaco alguns excertos:

"3. De forma muito breve, a decisão da Diretoria Colegiada teve o condão de retirar do marco regulatório setorial os atos e comandos normativos que conflitavam com a plena eficácia do inciso II do art. 43 e do art. 45 da Lei nº 10.233/2001, alguns dos quais já se encontravam tacitamente revogados.

4. Ao fazê-lo, contudo, a agência passou a ter a necessidade de dar uma resposta às centenas de pedidos de solicitação de mercados pendentes de decisão final por parte da Diretoria da ANTT.

5. **E esse processo deve se dar com a máxima transparência possível**, na medida em que se tratam de pedidos que - em muitos casos - aguardam uma resposta da agência desde 2016, alguns com documentos datados de 2015.

6. Em razão da quantidade de pedidos à espera de uma decisão e da multiplicidade de filas nos quais esses se enquadravam nos processos de análise da SUPAS, **a decisão da Diretoria estabeleceu um prazo máximo para sua apreciação, de 60 dias, ao mesmo tempo em que elegeu o critério cronológico para essa análise.**

7. E não o fez a esmo, mas **por entender que seria justo e concorreria à transparência do processo**, essencial à **credibilidade regulatória da agência**.

8. **Sobre a transparência**, previu-se a obrigação de disponibilização no sítio eletrônico da ANTT com esse intento, mas também, e principalmente, **para que todos os interessados tenham as informações relativas aos seus pedidos e de seus eventuais concorrentes**.

9. Por essa razão esses dados devem ser disponibilizados no maior nível de desagregação possível e de uma forma compreensível ao conjunto da sociedade.

...

49. **A previsão de término dos trabalhos** se presta tanto à necessária previsibilidade esperada pelos agentes do mercado, e **também como sinalizador para que a SUPAS e a Diretoria Colegiada possam atuar tempestivamente caso o andamento dos trabalhos não esteja condizente com o prazo de 60 (sessenta) dias** definido na Deliberação nº 955/2019.

...

56. A SUPAS informou ter analisado um total de 76 (setenta e seis) processos administrativos. Ocorre que esses 76 (setenta e seis) protocolos **não podem ser confundidos com processos analisados, vez que não houve, de fato, qualquer análise**.

57. Como ressaltado anteriormente, **espera-se que um processo analisado tenha alguns encaminhamentos pré-definidos**. No presente caso a **unidade técnica tão somente oficiou as empresas para que estas apresentassem a documentação para requerimento da LOP, o que não se confunde com a informação requerida no inciso II do § 3º do art. 4º da Deliberação nº 955/2019**.

...

72. Reitero a necessidade de a SUPAS cumprir com o cronograma de envio dos relatórios quinzenais à Diretoria Colegiada, e reforço a sugestão que a estruturação do relatório acompanhe a indicação desse Despacho." (grifos acrescidos)

3.50. Entendi relevante trazer essas informações a este Voto, principalmente os textos destacados, porque parece claro que a SUPAS descumpriu a decisão da Diretoria Colegiada, vez que as primeiras análises do rol de processos pendentes de decisão final por parte da ANTT só foram concluídas mais de 150 (cento e cinquenta) dias após o início da vigência da Deliberação nº 955, de 2019, e não em 60 (sessenta) dias, como indica a norma.

3.51. E essa Diretoria reforçou em mais de uma oportunidade a necessidade de que esse prazo fosse cumprido, o que efetivamente não ocorreu.

3.52. Veja que o próprio conceito do que seria **processo analisado** foi objeto de debate, deixando claro que a mera convocação das empresas para encaminhar a documentação não se confundia com a análise requerida pela decisão da Diretoria.

3.53. Observo que durante os 60 (sessenta) dias em que deveria analisar os processos, a SUPAS teria se limitado a encaminhar três ofícios-circulares requerendo documentação às empresas: o ANTT – OFÍCIO CIRCULAR 1188, de 19 de novembro de 2019 (1966489); o ANTT – OFÍCIO CIRCULAR 1331, de 17 de dezembro de 2019 (2265757); e o ANTT – OFÍCIO CIRCULAR 1384, de 24 de dezembro de 2019 (2334265).

3.54. Os dois primeiros se referiam apenas a autorizatárias que foram beneficiadas pela nova redação do § 4º do art. 4º da Deliberação nº 134, de 2018, que dispensava empresas sem LOP da obrigatoriedade de possuir o nível I de Monitoriip para obter a outorga de um mercado. Ou seja, se referiam a pouco mais de cem protocolos dos mais de mil processos que a SUPAS deveria analisar.

3.55. Por meio do ANTT – OFÍCIO CIRCULAR 1384 (2334265), por sua vez, a SUPAS solicitou documentação relativa a pouco mais de 350 (trezentos e cinquenta) protocolos.

3.56. Esse procedimento, fruto de uma escolha da área, a um só tempo impossibilitou o cumprimento da decisão da Diretoria, como também, entendo, comprometeu a efetividade do § 1º do art. 4º da Deliberação nº 955, de 2019, relativamente a necessidade de análise dos requerimentos em ordem cronológica.

3.57. Reforço esse ponto porque, em se tratando de um setor com elevado grau de litigância, é essencial que as normas da Agência sejam cumpridas, conferindo a previsibilidade necessárias às ações regulatórias, concorrendo para que a ANTT alcance a Visão trazida em seu Mapa Estratégico 2020-2030.

3.58. Reitero que processos dessa natureza não carregam grande complexidade, e a prova disso se encontra nos próprios autos, na medida em que a análise por parte da GETAU, incluindo a elaboração de nota técnica e minuta de relatório à diretoria, ocorreu em menos de uma semana a partir do envio dos documentos por parte da Nordeste Transportes Ltda.

## PROVA DE INSCRIÇÃO ESTADUAL

3.59. Outro ponto que merece discussão, referente à instrução processual, diz respeito à prova de inscrição estadual. Essa exigência consta de dois documentos que integram a árvore do processo no SEI: o OFÍCIO CIRCULAR SEI Nº 1384/2019/GETAU/SUPAS/DIR-ANTT (2401638) ~~check~~ *list* de infraestrutura (2816594).

3.60. Por meio do supracitado ofício, o superintendente da área indica que:

"3. Em havendo interesse, a empresa **deverá apresentar** o requerimento de LOP, juntamente com a **documentação listada abaixo**, conforme estabelecido pela Resolução nº 4.770/2015, Cap. II, em até 30 (trinta) dias a contar da data desta convocação. Caso a empresa não tenha interesse em operá-lo (s) deverá informar a desistência à ANTT, por meio de protocolo no SEI ANTT:

...

j) **Inscrição Estadual das unidades de Federação - UF** relativo aos mercados do pleito." (grifos acrescidos)

3.61. Relativamente a isso, é cediço que sobre operações relativas à circulação de



mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal incide um imposto estadual, o ICMS, disciplinado na Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, conhecida Lei Kandir:

"Art. 1º Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Art. 2º O imposto incide sobre:

...

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores; [...]"

3.62. Não obstante a obrigatoriedade de as empresas recolherem ICMS em suas operações de transporte interestadual, seja de venda de bilhetes ou transporte de mercadorias, não existe nenhuma disciplina regulatória no âmbito da ANTT que vincule à outorga de autorização à comprovação de inscrição estadual nas unidades da federação, como sugere o OFÍCIO CIRCULAR SEI Nº 1384/2019/GETAU/SUPAS/DIR-ANTT (2401638) e o *check list* de infraestrutura (2816594).

3.63. Esse ponto inclusive já foi objeto de análise da Gerência de Estudos, Acompanhamento e Avaliação do Mercado, por meio da NOTA TÉCNICA - ANTT 966 (0233149), no âmbito do Processo 50500.027339/2019-17:

"Um dos questionamentos apresentados foi sobre o porquê da exigência de inscrição estadual para as solicitações de termos de autorização.

Essa medida, na verdade, não se confunde com nenhuma inovação e se presta tão somente à correção de uma omissão do atual marco regulatório do setor, uma vez que a Lei Complementar nº 87/1996 também se refere ao TRIP, o que torna a inscrição estadual junto às secretarias de fazenda uma exigência para emissão de bilhetes de passagem.

Na medida em que estamos tratando de uma outorga de serviço público, não faria sentido delegá-la a uma empresa que não cumpra um requisito básico à comercialização dos bilhetes de passagem."

3.64. Parece claro que, de fato, se trata de um silêncio regulatório indevido, mas que deve ser corrigido segundo os pressupostos de atuação regulatória da ANTT e segundos os instrumentos de governança aplicáveis a esse contexto no âmbito da Agência, por meio de proposição de ajuste na Resolução nº 4.770, de 2015, ou sua norma sucessora.

3.65. Vincular a análise dos pedidos de outorga de mercado, via licenças operacionais, à apresentação das inscrições estaduais não encontra suporte no marco regulatório vigente do TRIP e só expõe à Agência ao risco de futuros recursos administrativos, ou mesmo ações judiciais.

3.66. Esse risco não é admissível frente ao papel incumbido a um ente regulador, de trazer estabilidade e segurança jurídica ao setor regulado, visto aqui em sentido amplo, usuários e empresas.

3.67. Entendo, pois, que a SUPAS deve se abster de colocar a inscrição estadual como condicionante da aprovação de pedidos de LOP, embora nada impeça que essa informação seja requerida das empresas, o que poderia ser útil em eventual comunicação com as secretarias de fazenda estaduais.

#### DO EXAME DO NÍVEL DE IMPLANTAÇÃO DO MONITRIIP

3.68. Mais um ponto que merece consideração se refere à comprovação de implantação do Monitriip. A exigência desse sistema advém do art. 47 da Resolução nº 4.770, de 2015, conjugado com a Resolução nº 4.499, de 28 de novembro de 2014.

3.69. Ocorre que não obstante essas disciplinas, o arcabouço regulatório então existente havia sido pouco efetivo quanto à adesão das empresas operadoras a esse sistema de monitoramento.

3.70. Com vistas a incentivar a ampliação do Monitriip e seu adequado funcionamento, a Agência inseriu um comando na Resolução ANTT nº 5.629, de 27 de dezembro de 2017, o qual previa que as novas outorgas estariam "condicionadas à implementação e ao pleno funcionamento" do Monitriip.

3.71. O que se convencionou como pleno funcionamento do sistema foi definido nos termos da Deliberação nº 134, de 2018, que criou faixas de atendimento do Monitriip, dando benefícios para aqueles que estivessem no primeiro nível.

3.72. O objetivo, por óbvio, era propiciar um incentivo às empresas, para que estas não apenas implantassem o sistema, como também encaminhassem informação de qualidade à ANTT, ativo essencial ao monitoramento de um setor submetido a um ambiente de livre e aberta competição.

3.73. A lógica subjacente desse desenho regulatório é relativamente simples. Possibilitar, gradativamente, que apenas empresas que cumpram as regras do setor, possam ampliar sua participação no mercado.

3.74. Logo, a exigência de Monitriip para outorga de novos mercados não deve ser vista como uma barreira de entrada ou mesmo um óbice ao ingresso de novos *players*, e simplesmente como um mecanismo de incentivo para que empresas que possibilitem que a ANTT monitore a prestação de seu serviço tenham a faculdade de explorar novas ligações interestaduais.

3.75. A avaliação do resultado regulatório dessa medida indica o seu acerto, conforme demonstra o RELATÓRIO DE RESULTADO REGULATÓRIO: AVALIAÇÃO DA IMPLANTAÇÃO DO MONITRIIP, elaborado pela GEAME (3116454):

"21. O número de empresas do serviço regular no nível de implantação I subiu de 6 (seis) em junho

3.76. Acredito que esse número só não é maior em razão das regras então existentes que limitavam artificialmente o acesso das empresas ao setor. A tendência esperada com a abertura efetiva do mercado é que a adesão das empresas ao Monitriip “em pleno funcionamento” deve crescer concomitantemente ao incremento da concorrência no setor.

3.77. Tendo isso como premissa, penso que a SUPAS não vem empregando da melhor forma a regra prevista no § 2º do art. 4º da Deliberação nº 134, de 2018, que estabelece quais dados serão analisados para fins de enquadramento da empresa nos níveis de implantação:

Art. 4º.....

[...]

§ 2º Para definição do nível de implantação do MONITRIIP, a Superintendência de Serviços de Transporte de Passageiros - SUPAS considerará o período anterior **à data de protocolização do requerimento**, conforme descrito abaixo:

I - **Se a solicitação ocorrer na primeira quinzena do mês**, a definição do nível de implantação do MONITRIIP se dará com base no segundo mês anterior à data do requerimento.

II - **Se a solicitação ocorrer na segunda quinzena do mês**, a definição do nível de implantação do MONITRIIP se dará com base no mês anterior à data do requerimento.

[...]

3.78. Como se percebe, o parâmetro para definição de quais dados serão apurados pela SUPAS é a data da protocolização do requerimento. A princípio, isso não seria um problema, visto que a Agência deveria analisar os requerimentos com celeridade. Todavia, em virtude da falta de definição do que seria inviabilidade operacional, aquela unidade começou a sobrestar a análise de vários processos, o que acabou por gerar uma fila considerável de requerimentos a serem apreciados.

3.79. A Deliberação nº 955, de 2019, como se sabe, buscou corrigir tal situação, determinando que a SUPAS analisasse estes requerimentos em um prazo de 60 dias:

Art. 4º **A SUPAS deverá analisar todos os pedidos de solicitação de mercados pendentes de decisão final por parte da Diretoria da ANTT em um prazo de até 60 (sessenta) dias da data de vigência desta Deliberação.**

**§ 1º A análise dos pedidos deverá obedecer a ordem cronológica dos requerimentos.**

§ 2º Os pleitos referidos no inciso II do § 1º do art. 3º serão considerados pela data de protocolo da solicitação de transferência de mercado.

[...] (grifo acrescido)

3.80. Ao iniciar sua análise, contudo, a SUPAS passou a observar literalmente a data da protocolização dos pedidos para verificar o cumprimento do Monitriip, sem se atentar para a finalidade da Deliberação nº 134, de 2018, de elevar o funcionamento do Monitriip ao ideal esculpido na Resolução ANTT nº 4.499, de 2014, como também no art. 47 da Resolução nº 4.770, de 2015, qual seja: seu pleno funcionamento.

3.81. No caso dos autos, conforme mencionado acima, a empresa protocolou seu pedido em 1º de abril de 2019 e, embora a análise da SUPAS tenha sido feita apenas em abril de 2020, a área utilizou o nível de implantação do Monitriip de fevereiro de 2019, ou seja, informação com mais de ano de validade.

3.82. Assim, penso que, em esses casos, em que a análise se dá muito tempo após a protocolização do requerimento inicial, a SUPAS deveria utilizar a informação mais recente sobre o nível de implantação do Monitriip, concorrendo ao fim esperado da Deliberação nº 134, de 2018.

3.83. Vejo que não faria sentido outorgar novos mercados a uma empresa com base em uma informação pretérita sobre seu nível de Monitriip, dado que não é essa a inteligência do arcabouço regulatório sobre a matéria.

3.84. No caso concreto, em consulta ao [Portal do Monitriip](#), relativamente à empresa Nordeste Transportes Ltda, verifica-se que a última informação disponível é de fevereiro de 2020, que aponta que a empresa permanece no nível de atendimento I (3265105), o que possibilita que ela amplie sua participação no setor de TRIP.

## DOS PEDIDOS DE IMPUGNAÇÃO

3.85. Ao observar que o processo continha pedidos de impugnação, os quais não haviam sido apreciados pela unidade técnica, instei a Assessoria DDB, para que em sede de assessoramento técnico – com base no inciso I do art. 20 do Regimento Interno da ANTT, Resolução nº 5.810, de 3 de maio de 2018 – analisasse a possibilidade de serem conhecidos os pedidos de impugnação apresentados contra requerimentos de solicitação de mercados, tendo em vista a revogação da Portaria SUPAS nº 249, de 9 de novembro de 2018.

3.86. Esse trabalho foi consolidado na NOTA TÉCNICA - ANTT 1659 (3241463), que acolho e a aplico como razão para decidir.

3.87. Um primeiro ponto a ser ressaltado, diz respeito a impossibilidade de silêncio da unidade técnica ante eventuais pedidos de impugnação, vez que isso não se mostra uma escolha válida.

3.88. Independentemente do mérito desses pedidos, a unidade técnica deve se manifestar, ainda que seja para afastar sua pertinência.

3.89. Com isso, esses pedidos devem ser apreciados, evitando-se uma possível contestação judicial por violação ao devido processo legal. Inclusive, recentemente, a ANTT foi obrigada a publicar a Deliberação nº 116, de 4 de março de 2020, posteriormente referenda pela Deliberação nº 176, de 7 de abril de 2020, em razão de Ação Judicial nº 1000907-74.2020.4.01.3400, proposta pela empresa

EXPRESSO DE PRATA LTDA, cuja decisão foi proferida nos seguintes termos:

"Ante o exposto, rejeito as questões preliminares e DEFIRO o pedido liminar para suspender a Deliberação nº 898, de 17.09.2019, a qual alterou a Licença Operacional nº 082 da Guerino Seiscento Transporte, até que novo ato seja praticado, **após a análise devidamente motivada das impugnações apresentadas** no âmbito do processo administrativo 50501.355077/2018-89, **em conformidade com o devido processo legal** e com o art. 4º da Portaria ANTT nº 249/2018." (grifos acrescidos)

3.90. Importante ressaltar que a atual realidade normativa não dá mais guarida a esse tipo de petição, conforme demonstrado NOTA TÉCNICA - ANTT 1659 (3241463):

"22. Ocorre que, tanto a **impugnação como o direito de peticionar estão relacionados à possibilidade de afetação de direitos e interesses em decorrência de um ato administrativo**. Ou seja, são direitos que devem ser analisados quando da possibilidade de concreção da ação pública e não do momento em que foram invocados.

23. Dessa forma, pouco importa o contexto normativo-regulatório que regia o setor quando dos pedidos de impugnação, vez que estes devem ser apreciados à luz do marco regulatório vigente na positividade da ação pública, quando os direitos e interesses que se busca resguardar estariam em risco.

24. Ou seja, entende-se que esses pedidos não devem ser apreciados em razão do momento de sua propositura, e sim a partir do contexto normativo em que dar-se-ia a deliberação da matéria por parte da ANTT.

25. Em relação às impugnações protocoladas após a edição da Deliberação no 955, de 2019, que entre outros atos revogou a Portaria SUPAS nº 249, de 2018, é razoável que a Agência não os conheça, por ausência de previsão legal, ou os reconheça como direito de petição, analisando sua pertinência, desde que o peticionante se qualifique como parte interessada.

26. E aqui cabe fazer uma diferenciação entre o direito de propor uma impugnação, que tinha sua validade restrita ao período de vigência da Portaria SUPAS nº 249, de 2018, e delimitada ao alcance da expressão "ausência de impacto direto sobre os mercados operados por outra transportadora", constante do art. 1º da portaria em questão, e o direito de petição, previsto constitucionalmente com vistas à "defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder".

27. Ou seja, tanto o efêmero "direito de propor impugnação" como o próprio direito de petição não são instrumentos absolutos e têm sua validade delimitada ao alcance que o direito positivo lhes conferiu, não merecendo ser acolhidos se não estiverem adstritos a esses contornos normativo-regulatórios.

28. Dessa forma, pouco importa o contexto normativo-regulatório que regia o setor quando dos pedidos de impugnação, vez que estes devem ser apreciados à luz do marco regulatório vigente na positividade da ação pública, quando os direitos e interesses que se busca resguardar estariam em risco.

29. Assim, as impugnações protocoladas durante a vigência da Portaria SUPAS no 249, de 2018, só poderiam ser conhecidas, tendo seu mérito analisado, caso as impugnantes demonstrem não apenas serem legítimas interessadas, como a possibilidade de afetação de direitos e interesses decorrentes da ação pública.

[...]

53. Por todo o exposto, crê-se que as **petições** contra pedidos de solicitação de mercados **devem estar adstritas à existência de ilegalidades no curso de um processo administrativo**, as quais devem ser indicadas no corpo da petição, ou à **constatação de uma concreta situação de inviabilidade operacional decorrente da outorga de mercado objeto da contestação**.

54. Na medida em que o Decreto nº 10.157, de 2019 delimitou o conceito de inviabilidade operacional à hipótese de caracterização de restrição de infraestrutura - ou seja, limitações de embarques e desembarques em terminais rodoviários -, suscitar que o ingresso de uma empresa nesse setor geraria impacto na operação das empresas incumbentes não pode ser tido como um óbice, na medida em que a existência de concorrência nos mercados se encontra na essência da natureza do TRIP após a inflexão normativa que reposicionou esse serviço em um ambiente de livre e aberta competição.

55. Com isso, alegações genéricas ancoradas na concepção equivocada de que a concorrência no mercado de TRIP seria, por si só, uma prática desleal, encontram-se em absoluta contradição com o texto legal que prega que esse setor opere em um ambiente de livre e aberta competição, e não merecem prosperar, por absoluta ausência de lastro legal."

3.91. É a partir desse racional que se passa ao exame de cada um dos pedidos de impugnação relacionados à solicitação de outorga de mercados ora em análise.

3.92. Ao processo em questão foram protocolados quatro pedidos de impugnação, por parte das empresas Auto Viação Catarinense Ltda. e pela Viação Cometa S/A, Expresso Guanabara S/A, Viação Garcia Ltda e, mais recentemente, pela Viação Esmeralda Transportes Ltda.

#### AUTO VIAÇÃO CATARINENSE LTDA. E VIAÇÃO COMETA S/A

3.93. O pedido de impugnação apresentado pelas empresas Auto Viação Catarinense Ltda. e Viação Cometa S/A busca amparo no art. 5º, incisos LIV e LV da CRFB, no art. 9º, II da Lei nº 9.784, de 1999, no art. 4º da Portaria SUPAS nº 249, de 2018, e no art. 2º da Portaria SUPAS nº 258, de 2018.

3.94. O pleito tem início com uma contestação não ao pedido da Nordeste Transportadora Ltda, mas à Resolução nº 4.770, de 2015 e a escolha regulatória pela outorga de mercados e não de linhas, como pretende a requerente.

3.95. Alegam as empresas que:

"...as impugnantes entendem que a delegação de nova linha só pode ser autorizada mediante prévia inclusão na rede de transportes (art. 6º, inciso V, da Lei nº 10.233/2001) e por processo de seleção pública, tal como previsto no parágrafo único do art. 27 da Resolução nº 4.770/2015, bem como o seu estabelecimento demanda, em atendimento ao princípio do contraditório e ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, da CF c/c art. 3º, inciso III, e art. 9º, inciso II, ambos da Lei nº 9.784/1999), manifestação dos operadores das ligações pretendidas para aferição de eventuais impactos decorrentes da pretendida outorga."

3.96. Relativamente à inexistência de estudo de viabilidade do pedido, defende que houve inobservância dos requisitos procedimentais e afirma que:

“Assim, não tendo o impugnado trazido aos autos quaisquer elementos dos mercados que estão sendo pretendidos e que permitam ao Órgão Regulador promover os estudos necessários e indispensáveis para avaliação das repercussões sociais sobre o conjunto dos serviços interestaduais, resta clara declarar a inépcia do pedido formulado, com o consequente arquivamento do processo.”

3.97. Após sustentarem a inépcia do pedido “ante a pobreza de informações trazidas pela impugnada ao processo, bem como a inexistência de estudos para afastar a “inviabilidade operacional”, adentram no mérito afirmando que o pedido não teria atendido a determinação expressa do art. 1º da Portaria SUPAS nº 249, de 2018, que traz que o mercado pretendido deve ser “pertinente com o eixo operado pela requerente em outros mercados” e que não poderia ser possível aferir isso dos documentos apresentados pela interessada.

3.98. Na sequência apresenta uma série de linhas interestaduais e intermunicipais titularizadas pela Auto Viação Catarinense Ltda., Viação Cometa S/A e Auto Viação 1001 Ltda., aduzindo que essas linhas existentes, por se entrelaçarem com os mercados pretendidos pela Nordeste Transportadora Ltda., seriam impactadas pela eventual autorização requerida.

3.99. Por fim, as impugnantes requerem a autorização para operar nos mercados constantes do pedido da Nordeste Transportadora Ltda., contra o qual elas se insurgiram.

3.100. Cediço que a Portaria SUPAS nº 249, de 2018 foi revogada pela Deliberação nº 955, de 2019 e que o Decreto nº 10.157, de 2019 delimitou o conceito de inviabilidade operacional à hipóteses de caracterização de restrição de infraestrutura, ou seja, limitações de embarques e desembarques em terminais rodoviários, resta evidenciado que o pedido de impugnação não pode prosperar, posto que inteiramente ancorado na concepção equivocada de que a concorrência no mercado de TRIP seria, por si só, uma prática desleal, em absoluta contradição com o texto legal que prega que esse setor opere em um ambiente de livre e aberta competição.

3.101. As preliminares também não merecem acolhida, primeiramente porque as escolhas regulatórias positivadas na Resolução nº 4.770, de 2015 não estão em discussão, ademais, as próprias impugnantes depõe contra seus próprios argumentos – sobre a necessidade de inclusão das linhas na rede de transporte a serem aprovadas pelo CONIT, comando normativo, diga-se, já revogado pela Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019 –, na medida em que solicitam as outorgas dos mesmos mercados e na mesma forma contra a qual sustentam se insurgirem.

3.102. Na mesma toda, não houve qualquer violação ao devido processo legal, vez que os mercados solicitados foram divulgados na forma e pelo prazo previsto na Resolução nº 4.770, de 2015 e em outros normativos então vigentes.

3.103. De igual forma não há por que ventilar a necessidade de realização de processo seletivo público, adstrito por lei – parágrafo único do art. 47-B da Lei nº 10.233, de 2001 – e por resolução – art. 41 da Resolução nº 4.770, de 2015 – às hipóteses de inviabilidade operacional, o que não foi constatado ao longo do processo e nem no pedido de impugnação.

3.104. Entendo que o pedido não deva ser conhecido, seja porque a Portaria SUPAS nº 249, de 2018 encontra-se revogada, como também em razão das impugnantes não terem demonstrado sua legitimidade como interessados no processo administrativo, vez que não comprovaram possuir direito ou interesses afetados por uma eventual decisão de outorga de mercados. Ainda assim, em uma hipotética análise de mérito, ele deveria ser rejeitado, por absoluta ausência de plausibilidade regulatória.

3.105. Cabe apenas alertar a SUPAS de que, na impugnação apresentada pela empresa Auto Viação Catarinense Ltda, verifica-se que, além de pleitear o indeferimento do pedido da empresa Nordeste Transportes Ltda, aquela empresa também pediu para operar os mercados contidos no requerimento desta empresa.

3.106. Quanto a isso, sugiro que a SUPAS notifique a empresa, orientando que ela protocole pedido de autorização para operá-los, mediante a apresentação da documentação exigida pela Resolução ANTT nº 4.770/2015.

#### **EXPRESSO GUANABARA S/A**

3.107. O pedido de impugnação da empresa busca fundamento no art. 68, § 3º da Lei nº 10.233, de 2001, na Resolução nº 4.770, de 2015 e na Portaria SUPAS nº 258, de 2018.

3.108. Em síntese a empresa alega que a ANTT estaria impedida de outorgar novas autorizações sem prévio estudo de viabilidade de mercado, devendo a Agência promover estudos técnicos e econômicos e adotar a análise de impacto regulatório (AIR) antes da outorga de novos mercados, sob pena de comprometer o desempenho do setor e de um alegado risco iminente de desestruturação do equilíbrio econômico-financeiro do sistema.

3.109. Faz-se ainda menção à Portaria nº 258, de 2018, já revogada, no intuito de reforçar o racional defendido.

3.110. Como se percebe, a impugnante traz alegações genéricas ao pedido e sequer se queda a se qualificar como legítima interessada no processo administrativo, vez que não demonstrou ter direitos ou interesses afetados por essa decisão. A menção à Portaria nº 258, de 2018, também é equivocada, vez que essa norma se volta à implantação de linhas no âmbito de modificações operacionais, de que trata a Resolução nº 5.285, de 2017, e não de linhas que decorrem da outorga de mercados nos termos do art. 25 da Resolução nº 4.770, de 2015, em que se situa o caso concreto.

3.111. Sendo inaplicável o direito de propor impugnação nos termos do art. 2º da Portaria

SUPAS nº 258, de 2018, deve-se examinar se esse pedido de impugnação poderia ser reconhecido como direito de petição, nos termos do § 3º do art. 68 da Lei nº 10.233, de 2001.

3.112. Ocorre que o direito de petição, embora possua lastro constitucional, não é absoluto, sendo reservado às partes interessadas no processo administrativo. E a Expresso Guanabara S/A não trouxe nenhum elemento fático que a qualificasse como legítima interessada na outorga de mercados à Nordeste Transportadora Ltda., se limitando a apresentar alegações genéricas que poderiam constar de uma petição a ser oferecida contra qualquer pedido de outorga de mercado.

3.113. Não se vislumbra espaço, pois, para que se conheça o pedido de impugnação, ainda que como direito de petição, mas ainda que o fizesse, ele seria negado no mérito, vez que os argumentos elencados sequer gozam de suporte legal, mormente após a edição do Decreto nº 10.157, de 2019, que delimitou o conceito de inviabilidade operacional às hipóteses de restrição de infraestrutura, afastando qualquer incidência de verniz econômico-financeiro do escopo regulatório de atuação da ANTT relativamente a essa matéria.

#### **VIAÇÃO GARCIA LTDA**

3.114. Já este pedido de impugnação, o último no âmbito desse processo administrativo, se funda na Deliberação nº 853, de 2018, e na Portaria SUPAS nº 249, de 2018.

3.115. A Viação Garcia Ltda., de forma objetiva, alega que os mercados pleiteados pela Nordeste Transportadora Ltda., já seriam autorizados e operados por ela, Viação Garcia, e que estes não possuiriam qualquer pertinência com os eixos operados pela requerente nas linhas em que ela possui autorização, e conclui que essa outorga resultaria em impacto direto em sua operação.

3.116. Argumenta ainda que a requerente não comprovou de forma efetiva, por meio de estudo de viabilidade econômica, que seu ingresso no mercado não evitaria a concorrência ruínosa com as linhas e seções em comum com a impugnante, e que:

"...., não é prudente e razoável autorizar o ingresso da hora requerente em mercado já autorizado e operado pela impugnante e outras transportadoras, enquanto a ANTT não homologar/definir uma metodologia e estabelecer os parâmetros de avaliação de casos enquadrados com inviabilidade operacional." (grifo original)

3.117. Assim como no pedido da Auto Viação Catarinense Ltda, entendo que o pedido não deva ser conhecido, dado que a Portaria SUPAS nº 249, de 2018 encontra-se revogada.

3.118. Ainda que o pedido fosse conhecido, todavia, deveria ser rejeitado no mérito, na medida em que se baseia em um conceito - concorrência ruínosa - já suprimido do ordenamento vigente, posto que tacitamente revogado pelo Decreto nº 10.157, de 2019.

3.119. Suscitar que o ingresso de uma empresa nesse setor geraria impacto na operação das empresas incumbentes não pode ser tido como um óbice, na medida em que a existência de concorrência nos mercados se encontra na essência da natureza do TRIP após a inflexão normativa que reposicionou esse serviço em um ambiente de livre e aberta competição.

3.120. Ou seja, em não havendo a constatação de inviabilidade operacional, por meio de eventual restrição de infraestrutura, não há que se falar em impacto direto de novas outorgas sobre mercados já em operação, esvaziando, pois, as alegações apresentadas pela Viação Garcia Ltda.

#### **VIAÇÃO ESMERALDA TRANSPORTES LTDA**

3.121. A petição de impugnação apresentada pela Viação Esmeralda Transportes Ltda, no último dia 20 de abril, ou seja, após a distribuição do processo à essa Diretoria, basicamente sustenta que as alterações trazidas pela Lei nº 12.996, de 18 de junho de 2014, seriam evadas de inconstitucionalidade, conforme consta no parecer do Procurador Geral da República apresentado nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5549, pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal - STF.

3.122. Em razão disso, indica que a ANTT deveria aguardar o posicionamento do STF, sobrestando todos os processos de outorgas de mercados em curso na ANTT.

3.123. De pronto, importa ressaltar que a Lei nº 12.996, de 2014 não está em discussão em esse processo, bem como inexistente qualquer decisão liminar que suspenda seus efeitos, ou seja, trata-se de uma norma vigente e válida.

3.124. Logo, as alegações da impetrante não merecem prosperar, e sequer a petição deve ser conhecida, dado que não preencheu os requisitos de admissibilidade, vez que a Viação Esmeralda Transportes Ltda não demonstrou a possibilidade de afetação de direitos e interesses em decorrência da outorga de mercados objeto desse processo administrativo.

#### **A NECESSIDADE DE INVESTIGAR A PRÁTICA DE "SHAM LITIGATION"**

3.125. Ainda no corpo da NOTA TÉCNICA - ANTT 1659 (3241463), a Assessoria DDB alerta para o excessivo número de petições apresentados no âmbito dos processos de TRIP:

"31. Nesse sentido, a Administração deve se resguardar do abuso de direito de petição. Não obstante seu fundo constitucional, isso pode ser caracterizado como prática de "sham litigation", uma variação da litigância de má-fé em ações com vistas a prejudicar a concorrência."

3.126. Antes de avançar nesse tema, recorro ao conceito de "sham litigation" do ex-Conselheiro do CADE e atual Secretário de Advocacia da Concorrência e Competitividade, César Costa Alves de Mattos<sup>[1]</sup>:

"[...] a conduta consubstanciada no exercício abusivo do direito de petição, com a finalidade de

impor prejuízos ao ambiente concorrencial. Ou, em outras palavras, *sham litigation* é a litigância predatória ou fraudulenta com efeitos anticompetitivos, ou seja, o uso impróprio das instâncias judiciárias e dos processos governamentais adjudicantes contra rivais para alcançar efeitos anticompetitivos”

3.127. Entendo que é uma preocupação válida e que a Agência não pode ficar inerte caso se comprove que as empresas vêm desvirtuando um direito legítimo com o condão de prejudicar o incremento da concorrência no setor.

3.128. Sobre esse aspecto, recorro a excertos da legislação que indicam as ações esperadas da ANTT em situações dessa natureza, iniciando pela lei de criação da ANTT, a Lei nº 10.233, de 2001:

Art. 31. A Agência, **ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica**, deverá comunicá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o caso.

...

Art. 47-C. A ANTT poderá intervir no mercado de serviços regulares de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, com o objetivo de cessar abuso de direito ou infração contra a ordem econômica, inclusive com o estabelecimento de obrigações específicas para a autorização, sem prejuízo do disposto no art. 31. (grifos acrescentados)

3.129. A relevância dessa matéria ao setor de transportes rodoviário interestadual e internacional de passageiros se evidencia na medida em que o legislador não se conformou com a disciplina geral presente no art. 31 da lei, constante da Subseção de Normas Gerais da Seção de Procedimento e Controle de Outorgas, trazendo um comando específico sobre esse tema na Subseção Das Autorizações, o que reforça o poder-dever de a ANTT atuar ante existência de indícios de condutas anticompetitivas.

3.130. A necessidade de atuação harmônica entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência não se ancora apenas na boa prática regulatória, e recentemente ganhou acento no Direito positivo quando da edição da nova Lei das Agências Reguladoras, Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, por meio de um capítulo específico no texto legal:

#### CAPÍTULO III

##### DA INTERAÇÃO ENTRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS E OS ÓRGÃOS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Art. 25. Com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos mercados regulados, **as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência devem atuar em estreita cooperação**, privilegiando a troca de experiências.

Art. 26. No exercício de suas atribuições, **incumbe às agências reguladoras monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados**, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, nos termos da [Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011](#) (Lei de Defesa da Concorrência).

§ 1º Os órgãos de defesa da concorrência são responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência nos setores regulados, incumbindo-lhes a análise de atos de concentração, bem como a instauração e a instrução de processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica.

§ 2º Os órgãos de defesa da concorrência poderão solicitar às agências reguladoras pareceres técnicos relacionados a seus setores de atuação, os quais serão utilizados como subsídio à análise de atos de concentração e à instrução de processos administrativos.

Art. 27. **Quando a agência reguladora**, no exercício de suas atribuições, **tomar conhecimento de fato que possa configurar infração à ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente aos órgãos de defesa da concorrência** para que esses adotem as providências cabíveis.

Art. 28. Sem prejuízo de suas competências legais, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) notificará a agência reguladora do teor da decisão sobre condutas potencialmente anticompetitivas cometidas no exercício das atividades reguladas, bem como das decisões relativas a atos de concentração julgados por aquele órgão, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas após a publicação do respectivo acórdão, para que sejam adotadas as providências legais.

3.131. Relativamente às infrações da ordem econômica, reproduzo o artigo da Lei nº 12.529, de 11 de dezembro de 2011:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

- III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
- V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;
- VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;
- VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;
- VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;
- IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;
- X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;
- XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;
- XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;
- XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;
- XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;
- XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;
- XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;
- XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;
- XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e
- XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

3.132. Como se percebe, a ANTT tem o dever de agir ante a incidência de ações praticadas por ente regulados que possam configurar infração contra a ordem econômica.

3.133. Sobre o excessivo número de petições, percebo, em cognição sumária, que essa prática não apenas onera o custo da ação regulatória da ANTT, sem uma contrapartida efetiva à sociedade, como sobreleva o risco de geração de vícios formais, que propiciariam futuras ações judiciais para anular decisões da Agência.

3.134. Recorro, por exemplo, à petição de impugnação apresentada pela Viação Esmeralda Transportes Ltda (3263964). Segundo a Assessoria DDB, a CETRANSP (Consultoria e Assessoria Especializada Em Transporte Coletivo Municipal, Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros), que representa algumas empresas autorizatárias, teria apresentado a mesma petição, nos mesmos termos, e na mesma data, em mais de uma dezena de processos de outorga de mercados distintos<sup>2</sup>.

3.135. Para tanto, em cada um desses processos, uma das empresas que essa consultoria representa aparece como impugnante, sem que se demonstre, efetivamente, quais os seus direitos ou interesses que poderiam ser afetados pelo deferimento de outorga de mercado à Nordeste Transportes Ltda.

3.136. À título de exemplo, nos autos do Processo 50500.343784/2019-13, distribuído a essa Diretoria por meio do DESPACHO SEGER (3181261), consta a mesma petição, sob o número SEI 3264248, apresentada pela JAMJOY VIAÇÃO LTDA ao pedido de outorga de mercado requerido pela Viação Xavante Ltda.

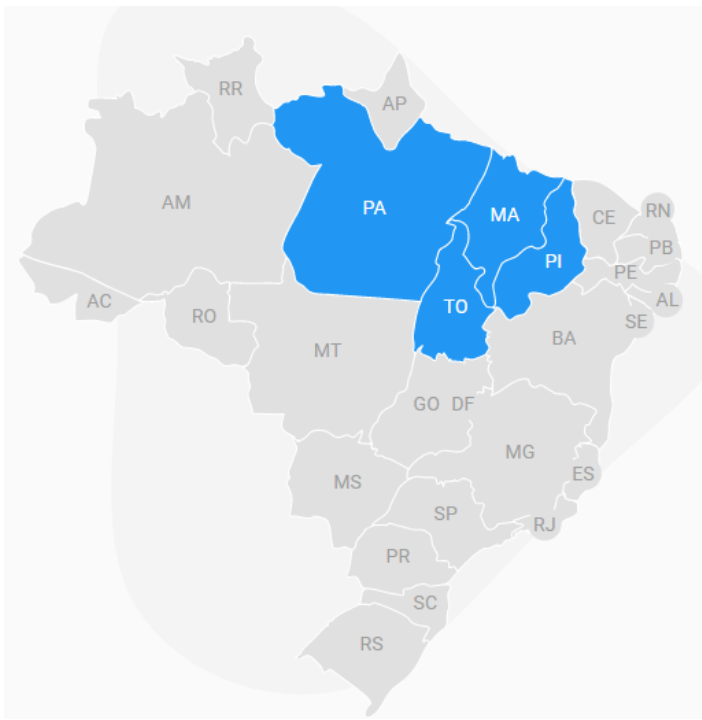


Figura 1 – Área de atuação da JAMJOY VIAÇÃO LTDA

3.137. Ocorre que os mercados que constam do pedido da Viação Xavante Ltda se limitam à ligação entre localidades do Distrito Federal, Goiás e Mato Grosso, e conforme se observa na Figura 1, a JAMJOY VIAÇÃO LTDA sequer atua em esses estados, tendo sua operação limitada a ligações entre os estados do Pará, Maranhão, Tocantins e Piauí.

3.138. Ou seja, não existe nenhuma razão de pedir na petição apresentada pela JAMJOY VIAÇÃO LTDA, prejudicando a celeridade administrativa, contribuindo para a insegurança jurídica e aumento de litígios no setor, com o potencial prejuízo à livre concorrência.

3.139. Outro exemplo em o mesmo sentido ocorreu nos autos desse processo, por meio dos embargos de declaração apresentados pela Autoviação Catarinense Ltda e pela Viação Cometa S/A (2420462), “em face em face ao OFÍCIO CIRCULAR SEI N° 1384/2019/GETAU/SUPAS/DIR-ANTT, que enquadrou a empresa Nordeste Transportes Ltda. na previsão do art. 4° da Deliberação n° 955/2019, nos autos do processo n°. 50500.306882/2019-70”.

3.140. As empresas, que já haviam impetrado um pedido de impugnação contra a outorga dos mercados à Nordeste Transportes Ltda, recorreram ao art. 1022 do Código de Processo Civil para sustentar a apresentação de embargos de declaração contra “decisão” da SUPAS de enquadrar a Nordeste Transportes Ltda entre as empresas com pedidos pendentes de decisão final por parte da Diretoria da ANTT, em que efetivamente ela se enquadrava.

3.141. E para isso ainda recortou o trecho do ofício errado em seu pedido, apresentando um excerto do ANTT - OFÍCIO CIRCULAR 1188, de 19 de novembro de 2019 (1966489), quando questionava o ANTT - OFÍCIO CIRCULAR 1384, de 24 de dezembro de 2019 (2334265):

“2. Em razão do disposto, convocamos as empresas listadas a seguir, as quais se enquadram na previsão do § 4° do art. 4° da Deliberação n° 955/2019, transcrito acima, para apresentar a documentação para requerimento da Licença Operacional - LOP referente ao (s) mercado (S) relacionados em seus respectivos processos.” (Trecho do ANTT - OFÍCIO CIRCULAR 1188)

“2. Em razão do disposto, convocamos as empresas listadas a seguir, as quais se enquadram na previsão no art. 4° da Deliberação 955/2019, transcrito acima, para apresentar a documentação para requerimento de Licença Operacional - LOP referente ao(s) mercado(s) relacionados nos protocolos em anexo.” (Trecho do ANTT - OFÍCIO CIRCULAR 1384)

3.142. Ações como essa, que se repetem reiteradamente em processos de outorga de mercados, geram confusão e embaraços processuais, assim como excesso injustificado de litigância, com potencial de postergar a produção os efeitos desejados pelos processos de outorga, no caso, o incremento da concorrência no setor e ampliação da rede de ligações interestaduais no transporte rodoviário de passageiros.

3.143. Em artigo recente, publicado na Revista de Defesa da Concorrência, Larissa Eiras<sup>[3]</sup> discorre sobre os requisitos para configuração de “sham litigation”, resumidos da seguinte forma: (i) conduta consistente no exercício de direito de petição, uma ou mais vezes; (ii) dano ou potencial dano à concorrência como instituição e (iii) nexos de causalidade entre o exercício de direito de petição e o dano ou potencial dano

3.144. Entendo, pois, que existem indícios de prática de “sham litigation”, e que a Agência não pode quedar-se inerte ante essa possibilidade, devendo comunicar ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e à Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE) do Ministério da Economia, com fulcro nos arts. 31 e 47-C da Lei n° 10.233/2001, e nos arts. 26 e 27 da Lei n° 13.848/2019, a existência de indícios que podem configurar infração à ordem econômica constatados nos presentes autos.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

3.145. Feitas essas considerações e tendo em vista que no último dia 4 de maio passou a vigor a delegação de competência para que a SUPAS possa deferir os pedidos de solicitação de mercados, na forma da Resolução nº 4.770, de 2015, entendo prudente fixar diretrizes a serem seguidas por aquela unidade técnica no exercício dessa competência delegada, de forma que os objetivos da delegação pretendida possam ser alcançados.

3.146. Essa medida se faz necessária diante da existência de divergências de entendimento positivadas nesse Voto, e que já foram objeto de outros Votos aprovados pela Diretoria Colegiada, minimizando, assim, o risco de contestações - administrativas ou judiciais - sobre essas decisões delegadas.

3.147. Reitero, contudo, não se tratar de inovação normativa, mas tão somente do estabelecimento de diretrizes de atuação para SUPAS no exercício da competência delegada no art. 8º da Resolução nº 5.818, de 3 de maio de 2018.

3.148. Prudente, ainda, inserir um comando no sentido de que a SUPAS dê publicidade *nosite* da ANTT de todos os processos de solicitação de mercados, promovendo atualizações quinzenais de seus *status*, de forma a conferir transparência e previsibilidade às empresas em suas estratégias de atuação mercadológica.

3.149. Por fim, um último aspecto formal da instrução do processo. A SUPAS analisou os embargos de declaração apresentados por meio de ofício-circular, no caso o OFÍCIO CIRCULAR SEI Nº 35/2020/GETAU/SUPAS/DIR-ANTT (2439826), de 16 de janeiro de 2020, e do ANTT - OFÍCIO 3746 (2816803), de 6 de abril corrente.

3.150. Contudo, entendo que o instrumento adequado para análise deveria ter sido a "Nota Técnica" e para o não provimento do recurso a "Decisão", previstos no art. 106, incisos XI e XIII, da Resolução ANTT nº 5.810, de 3 de maio de 2018, que aprovou o Regimento Interno da ANTT:

Art. 106. As manifestações da ANTT ocorrerão mediante os seguintes instrumentos:

[...]

XI - Nota Técnica é o documento emanado das unidades organizacionais para consignar relato, análise e posicionamento técnico-administrativo ou técnico-regulatório sobre determinada questão.

[...]

XIII - Decisão é ato administrativo, sem caráter normativo, de aplicação particular e concreta, exarado pela autoridade monocrática competente no curso de processo administrativo;

[...]

3.151. Utilizados esses instrumentos, a SUPAS poderia encaminhar um Ofício para comunicar oficialmente à empresa acerca da decisão tomada.

## 4. DA PROPOSIÇÃO FINAL

Ante o exposto, VOTO por:

- deferir, na forma da MINUTA DE DELIBERAÇÃO DDB (3241546), a inclusão dos novos mercados na Licença Operacional - LOP nº 83, da Nordeste Transportes Ltda;
- por não conhecer os pedidos de impugnação apresentados pelas empresas Auto Viação Catarinense Ltda e Viação Cometa S/A, Expresso Guanabara S/A, Expresso Transpen Ltda e Viação Esmeralda Transportes Ltda;
- comunicar ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e à Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE) do Ministério da Economia, com fulcro nos arts. 31 da Lei nº 10.233, de 2001, e no Capítulo III da Lei nº 13.848, de 2019, para que seja verificado se as empresas do setor, isoladamente ou em conjunto, ou por meio de suas Associações, estariam atentando contra a ordem econômica por meio do excesso de petições e ações judiciais com o objetivo de prejudicar a concorrência; e
- fixar diretrizes de atuação para SUPAS no exercício da competência delegada no art. 8º da Resolução nº 5.818, de 2018, relativamente às divergências de entendimento levantadas ao longo desse Voto, na forma da MINUTA DE DELIBERAÇÃO DDB (3341952).

Brasília, 5 de maio de 2020.

DAVI BARRETO  
DIRETOR

[1] BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51, Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan, 2010.

[2] Processos 50500.343784/2019-13; 50500.391236/2019-08; 50500.040889/2020-57; 50500.040887/2020-68; 50500.306878/2019-10; 50500.306882/2019-70; 50500.306877/2019-67; 50500.040879/2020-11; 50500.322049/2019-76; 50500.315332/2019-41; 50500.040868/2020-31; 50500.011651/2020-14; 50500.373589/2019-18.

[3] *Sham litigation*: requisitos para sua configuração, Larissa Eiras, p. 53-75. RDC, Vol. 7, nº 2. Novembro 2019



Documento assinado eletronicamente por **DAVI FERREIRA GOMES BARRETO, Diretor**, em 05/05/2020, às 18:08, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [http://sei.antt.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](http://sei.antt.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **3241537** e o código CRC **B16C4713**.

Referência: Processo nº 50500.306882/2019-70

SEI nº 3241537

St. de Clubes Esportivos Sul Trecho 3 Lote 10 - Telefone Sede: 61 3410-1000 Ouvidoria ANTT: 166

CEP 70200-003 Brasília/DF - [www.antt.gov.br](http://www.antt.gov.br)