



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

VOTO DDB

RELATORIA: DDB

TERMO: VOTO À DIRETORIA COLEGIADA

NÚMERO: 28/2021

OBJETO: RECURSO CONTRA A DELIBERAÇÃO N. 258/2020

ORIGEM: SUPAS

PROCESSO: 50500.024489/2019-61

PROPOSIÇÃO PRG: NÃO HÁ

ENCAMINHAMENTO: À VOTAÇÃO – DIRETORIA COLEGIADA

1. DO OBJETO

1.1. Trata-se de recurso interposto pela Viação Ouro e Prata S/A., CNPJ n. 92.954.106/0001-42, contra a Deliberação n. 228, de 28 de abril de 2020, que deferiu a inclusão de mercados na Licença Operacional n. 83, da Nordeste Transportes Ltda.

2. DOS FATOS

2.1. Publicada a Deliberação n. 228/2020 no Diário Oficial da União, ocorrida no dia 30 de abril de 2020, a Viação Ouro e Prata apresentou recurso ao processo n. 50500.024489/2019-61, por meio do Ofício 286/2020, direcionado à então Superintendência de Serviços de Transportes de Passageiros (SUPAS), e protocolado no dia 19 de maio de 2020, em que alega, *in verbis*:

“Considerando a DELIBERAÇÃO n° 228/20, DE 28 ABRIL DE 2020, que deferiu o pedido da empresa NORDESTE TRANSPORTE LTDA, para implantação dos mercados abaixo:

I – De Porto Alegre (RS), Lajeado (RS), Passo Fundo (RS), Erechim (RS), Concórdia (SC) para: Porto União (SC), Canoinhas (SC), Mafra (SC), Fazenda do Rio Grande (PR) e Curitiba (PR);

II – De Fazenda do Rio Grande (PR) e Curitiba (PR), para: Porto União (SC), Canoinhas (SC) e Mafra (SC).

Considerando que o pedido em tela, não se trata de mercados novos e sim de mercados existentes para outras operadoras, em especial as seguintes seções do item II:

De: Porto União (SC), Canoinhas (SC) e Mafra (SC) para: Curitiba (PR).

Considerando que os mercados citados são atendidos pela impugnante VIAÇÃO OURO E PRATA S/A, devidamente autorizados através da LOP n° 098, nas seguintes linhas: Frederico Wesphalen (RS) – Piracicaba (SP) prefixo 10-0014-00 (31), Dionísio Cerqueira (SC) – Curitiba (PR) prefixo 16-0044-00 (31), Porto União (SC) – Curitiba (PR) prefixo 16-0050-00 (31), Canoinhas (SC) – Curitiba (PR) prefixo 16-0039-00.

**Considerando que os mercados deferidos para a empresa NORDESTE TRANSPORTE LTDA, estão no eixo das linhas da empresa impugnante, portanto não são novos mercados e sim mercados já existentes, neste formato ocorrerá impacto direto sobre os mercados operados pela empresa VIAÇÃO OURO E PRATA S/A, ocasionando a inviabilidade operacional dos mercados, o que é vedado pela Portaria n° 249/2018.**

Para tanto, tendo em vista que os procedimentos para autorização de novos mercados não são definidos claramente, no qual **podem gerar grandes prejuízos financeiros para as empresas que operam esses mercados**, solicitamos que o pedido estabelecido pela empresa Nordeste Transporte Ltda através da Deliberação n° 228/20, seja indeferido.” [grifos acrescidos]

2.2. O recurso foi analisado pela Gerência Operacional de Transporte de Passageiros (GEOPE), por meio da NOTA TÉCNICA - ANTT 46496896), de 8 de fevereiro de 2021, em que se manifesta no seguinte sentido:

“No tocante à impugnação pautada no art. 4° da Portaria n° 249, de 9 de novembro de 2018, em virtude do término do período de transição previsto na Resolução n° 4.770/2015, a Agência publicou a Deliberação n° 955/2019, que revogou a citada Portaria, portanto, não produzindo mais efeitos no mundo jurídico.

Frisa-se que tal revogação está respaldada na Lei n° 13.874/2019, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, bem como no Decreto n° 10.157/2019, o qual instituiu a Política Federal de Estimulo ao Transporte Rodoviário Coletivo Interestadual e Internacional de Passageiros - TRIIP, o que reforça, em várias passagens, as mesmas diretrizes da Lei de Liberdade Econômica.

Destaca-se no Decreto a orientação de que os requisitos mínimos para a prestação dos serviços de TRIIP devem se guiar exclusivamente em razão da preservação da segurança e a inviabilidade operacional de que trata o art. 47-B da Lei n° 10.233/2001, que deve limitar exclusivamente a restrições na infraestrutura.

O art. 47 B da Lei n 10.233/01 dispõe que: 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.

O Decreto n° 10.157, de 4 de dezembro 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. Isso significa não mais existir qualquer tipo de estudo sobre viabilidade técnica, ou equilíbrio econômico-financeiro das transportadoras, dispensada a análise de impactos conforme regulamentado pela legislação vigente

Diante do contexto legal acima, sugere-se conhecer o recurso e, no mérito, negar-lhe provimento.”

2.3. Após a manifestação da unidade técnica, a SUPAS instruiu o processo na forma prevista no art. 50 da norma regimental, com o RELATÓRIO À DIRETORIA 215013652) e a MINUTA DE DELIBERAÇÃO GEOPE (5013772).

2.4. Em sorteio realizado no dia 25 de fevereiro de 2021 o processo foi distribuído a esta Diretoria, conforme DESPACHO CODIC (5448748).

### 3. DA ANÁLISE PROCESSUAL

3.1. Antes de passar ao exame do recurso cumpre ressaltar o lapso temporal entre a data de protocolo da requerente, a Viação Ouro e Prata S/A, e a data de exame por parte da SUPAS.

3.2. Muito embora o recurso seja datado de 19 de maio de 2020, só seria analisado pela unidade técnica em 8 de fevereiro de 2021, ou seja, mais de 8 (oito) meses após ser recebido, o que não se pode admitir.

3.3. Independentemente do mérito recursal, ao protocolar um requerimento junto à Agência, a empresa invoca a probabilidade de um direito que julga ter sido afetado pela decisão administrativa, razão pela qual espera ter esse direito reconhecido em prazo razoável, ou, minimamente, conhecer as razões pelas quais a Administração diverge quanto ao reconhecimento desse direito.

3.4. Isso posto, é incompreensível que a Agência leve mais de 8 (meses) para apreciar um recurso administrativo, até em razão da probabilidade, não desprezível, de ensejar que a controvérsia seja levada à apreciação judicial, fragilizando a atuação da entidade reguladora.

3.5. Feito esse reparo, passo ao exame do recurso.

3.6. De pronto, impende reconhecer que o recurso foi interposto de forma intempestiva, posto que 19 (dezenove) dias após a divulgação oficial da decisão recorrida. Todavia, até em função de a Agência não ter decidido em prazo razoável, entendo que isso não deveria impedir seu exame, o que passo a fazer.

3.7. Resumidamente, a Viação Ouro e Prata alega que opera 3 (três) dos 28 (vinte e oito) mercados deferidos à Nordeste Transportes, e que estes estariam no eixo de 4 (quatro) linhas operadas pela requerente, suficiente, em seu entender, para gerar impacto direto sobre os mercados operados, o que seria vedado pela Portaria SUPAS n. 249/2018.

3.8. A requerente afirma ainda "que os procedimentos para autorização de novos mercados não são definidos claramente", e que isso poderia "gerar grandes prejuízos financeiros para as empresas que operam esses mercados"

3.9. Entendo que não assiste razão à Viação Ouro e Prata, por um conjunto de motivos, que passo a expor. Antes, contudo, transcrevo dispositivos da lei de regência da matéria, Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001

Art. 43. A autorização, ressalvado o disposto em legislação específica, será outorgada segundo as diretrizes estabelecidas nos arts. 13 e 14 e apresenta as seguintes características

I - independe de licitação;

II - é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, **eem ambiente de livre e aberta competição;**

III - não prevê prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação.

[...]

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.

3.10. As disposições da Lei n. 10.233/2001 estão inseridas em um contexto que Alexandre Santos de Aragão<sup>[1]</sup> se refere como de descentralização normativa do Estado Contemporâneo. Como consequência, ter-se-ia, na visão do mesmo autor, que:

"As leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de - ao estabelecer finalidades e parâmetros genéricos - propiciar, em maior ou menor escala, o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente.

[...]

Podemos ver, com efeito que, apesar da maior ou menor magnitude de poder normativo legalmente outorgado nas suas esferas de atuação, todas as agências reguladoras - umas mais outras menos - possuem competências normativas calcadas em *standards*, ou seja, em palavras dotadas de baixa densidade normativa, às vezes meramente habilitadoras, **devendo exercer estas competências na busca da realização das finalidades públicas** - também genéricas - fixadas nas suas respectivas leis.

As leis com estas características não dão maiores elementos pelos quais o administrador deva pautar a sua atuação concreta ou regulamentar, referindo-se genericamente a valores morais, políticos e econômicos existentes no seio da sociedade (saúde pública, utilidade pública, suprimento do mercado interno, boas práticas da indústria, **competição no mercado**, preços abusivos, continuidade dos serviços públicos, regionalização, etc.). Assim, confere à Administração Pública um **grande poder de integração do conteúdo da vontade do legislador, dentro dos quadros por ele estabelecidos.**" [grifos acrescentados]

3.11. Ou seja, as agências reguladoras detêm uma delegação normativa para editar regulamentos relativos aos setores sob sua responsabilidade legal, contudo, sem desbordar dos contornos e finalidades públicas fixadas em lei.

3.12. No pleno exercício dessa delegação, que no caso em apreço tem fundamento na alínea “j” do inciso III do art. 14 da Lei n. 10.233/2001<sup>[2]</sup>, a ANTT editou a Resolução n. 4.770, de 25 de junho de 2015, que assim dispõe sobre a matéria objeto desse recurso:

Art. 4º 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.

[...]

Art. 41. A ANTT promoverá processo seletivo público nos casos em que for constatada inviabilidade operacional, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Parágrafo único. Na hipótese do caput, a ANTT realizará processo seletivo público entre as transportadoras que encaminharem solicitação de atendimento nos termos do Art. 25.

Art. 42. É considerada inviabilidade operacional situações que configurem **concorrência ruínosa** ou restrições de infraestrutura.

§ 1º Em se tratando de serviço de transporte rodoviário internacional de passageiros **considera-se configurada a inviabilidade operacional** também quando houver propostas de frequências das transportadoras que ensejem **oferta de transporte maior que a quantidade de frequência máxima acordada entre os países signatários**.

§ 2º Na outorga de novos mercados deverão ser considerados **possíveis impactos nos mercados já existentes**, para que não seja caracterizada sua inviabilidade operacional.

[...]

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.

[...]

Art. 73. No período de até 48 (quarenta e oito) meses, a partir da publicação desta Resolução, a ANTT realizará os estudos de avaliação dos mercados com o objetivo de detalhar e estabelecer os parâmetros de avaliação dos casos enquadrados como inviabilidade operacional, conforme previsto no Art. 42 desta Resolução.

[...]

Art. 76. A ANTT **fixará o Coeficiente Tarifário Máximo até a data de 18 de junho de 2019** [grifos acrescidos]

3.13. Como se denota, muito embora a lei expressamente indique que as outorgas de autorização sejam caracterizadas pela liberdade de preços em um ambiente de livre e aberta competição, a ANTT, no corpo da Resolução n. 4.770/2015, não somente fixou o número máximo de autorizatárias por mercado (art. 70), como também o preço dos serviços, mas só pôde fazê-lo por ter recebido delegação normativa nesse sentido, por meio do art. 4º da Lei n. 12.996, de 18 de junho de 2014:

Art. 4º A ANTT **por um período de até 5 (cinco) anos**, contado da publicação desta Lei, poderá fixar as tarifas máximas dos serviços regulares de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, bem como os critérios para seu reajuste. [grifo acrescido]

3.14. Tem-se que o legislador ordinário, ao reposicionar o setor regular de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros (TRIP) sob regime autorizativo, conferiu à ANTT a faculdade de limitar o ambiente concorrencial por uma janela de até 5 (cinco) anos, tempo que considerou suficiente para que a regulação setorial se ajustasse à alteração do instrumento de outorga da delegação da prestação do serviço.

3.15. Findo esse prazo, qualquer disposição regulatória em desacordo com os cânones trazidos pela delegação normativa conferida à autoridade reguladora carece de fundamentação legal, não podendo mais produzir efeitos no mundo jurídico.

3.16. Com isso, desde 19 de junho de 2019, quando o setor passou a operar com liberdade de preços dos serviços, não pode prosperar qualquer óbice ao ambiente concorrencial que transcenda os contornos fixados não somente na lei, como também na Constituição Federal.

3.17. A livre concorrência é um dos princípios constitucionais gerais da atividade econômica, gravada no art. 170, IV, da Lei Fundamental. Tem, pois, **força normativa cogente sobre a atuação estatal**, seja no **processo de formação das normas**, seja na **concepção de políticas públicas**. É um princípio intrinsecamente relacionado ao conceito de mercado. Expressões como abertura de mercado ou de livre mercado se referem à observância da competição no mercado, independentemente de se tratar de atividades econômicas de interesse estrito do particular ou de atividades econômicas titularizadas pelo Estado.

3.18. Sempre que a natureza de uma atividade possibilitar a competição entre os agentes econômicos no mercado, o Estado deve atuar para esse fim. Esse é o mandamento constitucional.

3.19. E o que diz a lei? Diz que a autorização deve ser exercida em liberdade de preços dos serviços, em ambiente de livre e aberta competição, salvo no caso de inviabilidade operacional.

3.20. Exceção à **caracterização** de inviabilidade operacional, não pode haver limites ao número de autorizações, é o que traz o *caput* do art. 47-B da Lei n. 10.233/2001.

3.21. Em sendo um fator limitador ao número de autorizações, por óbvio, **a caracterização de inviabilidade operacional deve se dar previamente à outorga de novos mercados**, jamais depois.

3.22. Posteriormente à outorga impera o ambiente de livre e aberta competição no setor, sem que isso implique em omissão regulatória, conforme previsto nos arts. 45 e 47-C da Lei n. 10.233/2001.

3.23. Já tive a oportunidade de manifestar nesse sentido, no Voto DDB 124/2020 (4727289), relativo à edição da Resolução n. 5.920, de 15 de dezembro de 2020, que regulamentou a prestação

do serviço de transporte ferroviário de cargas não associado à exploração de infraestrutura ferroviária por Operador Ferroviário Independente – OFI, *in verbis*:

“3.29. Veja que o OFI deve operar em um ambiente de livre e aberta competição e com liberdade de preços, sem que a disciplina legal traga qualquer condicionante a isso. Inclui o próprio art. 45 da norma remete à atuação *ex-post* da Agência, por meio de comunicação ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade.

3.30. **Ao não dispor sobre as hipóteses legais que condicionem o ambiente de livre e aberta competição, entendo que o legislador não facultou que a Agência pudesse atuar nesse sentido em nível regulatório.**

3.31. Os próprios exemplos elencados pela unidade técnica reforçam esse entendimento, na medida em que as restrições citadas no corpo da NOTA TÉCNICA - ANTT 5790 (SEI 4671431), referentes aos setores de distribuição elétrica e de telecomunicações encontram-se positivadas em diplomas legais, respectivamente a Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995 e a Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997.

3.32. É a partir desses mandamentos legais que a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) podem estabelecer restrições concorrenciais de forma antecipada, **faculdade que a Lei n. 10.233/2001 não confere à ANTT relativamente às outorgas de autorização, seja de OFI, seja de TRIP.**” [grifos acrescidos]

3.24. Conhecidos os limites da delegação normativa, passa-se ao exame das disposições regulatórias sobre a matéria no âmbito da ANTT.

3.25. A Agência definiu que a inviabilidade operacional seria caracterizada por situações que configurem concorrência ruínosa ou restrições de infraestrutura, indicando que quando da outorga de novos mercados deverão ser considerados os possíveis impactos nos mercados já existentes, “para que não seja caracterizada sua inviabilidade operacional”.

3.26. Em sua pesquisa de doutoramento, Hugo Alves Silva Ribeiro<sup>[3]</sup> admite que a **literatura microeconômica não reconhece a existência de concorrência ruínosa**, mas que ante ao fato de a norma regulatória trazer esse conceito, far-se-ia necessário buscar uma definição teórica ao termo. Para o autor, o excesso de competidores em uma ligação poderia levar a ausência de lucro econômico, resultando na deterioração da qualidade dos serviços prestados e potencializando a redução da segurança dos passageiros.

3.27. Esses riscos, contudo, podem ser mitigados de forma mais eficiente com a indicação dos parâmetros mínimos para qualidade e segurança da prestação do serviço, sem limitar artificialmente o ambiente concorrencial, o que transcenderia a delegação normativa conferida à ANTT.

3.28. Por isso me alinho não apenas à literatura microeconômica, como também aos estudos<sup>[4]</sup> conduzidos pela antiga Gerência de Estudos, Acompanhamento e Avaliação de Mercados (GEAME) da SUPAS, consolidados na NOTA TÉCNICA - ANTT 1740543874, de 19 de junho de 2019 e da NOTA TÉCNICA - ANTT 12920359958, de 30 de junho de 2019, que trataram exaustivamente sobre o conceito de inviabilidade operacional, para concluir que sua incidência se limita apenas às hipóteses de restrição de infraestrutura. Quando ao conceito de concorrência ruínosa, a GEAME indicou que, *in verbis*:

“[...] a ANTT acolheu um entendimento já afastado do ordenamento jurídico há pelo menos uma década, na medida em que desde 2005 cessou a vigência de qualquer resquício de aplicação do conceito de competição ruínosa em normas do setor de transportes.” [grifo original]

3.29. Para além disso, a ideia de concorrência ruínosa colide frontalmente com o disposto no *caput* do art. 47-B da Lei n. 10.233/2001, na medida em que a inviabilidade operacional dela decorrente se concretizaria como resultado da competição no mercado, princípio que é protegido não somente pela lei – inciso II do art. 43 da Lei n. 10.233/2001 –, como também, e principalmente, pela Constituição Federal.

3.30. Ocorre que independentemente da discussão sobre a validade do conceito de concorrência ruínosa – que não possui espelho em nenhuma lei ou regulamento setorial de mercados regulados em âmbito federal –, é incontroverso que a caracterização de inviabilidade operacional deve se dar previamente à outorga de autorização, jamais como resultado da relação dos agentes no mercado.

3.31. Tem-se com isso que o fato de que alguns mercados outorgados à Nordeste Transportes estarem no eixo das linhas operadas pela Viação Ouro e Prata não enseja a caracterização de inviabilidade operacional.

3.32. Ainda que todos os 28 (vinte e oito) mercados outorgados à Nordeste Transportes já fossem operados pela Viação Ouro e Prata, e que a primeira escolhesse linhas e horários semelhantes à segunda, essa estratégia de negócio é amparada pela prevalência do ambiente de livre e aberta competição no setor.

3.33. A hipótese de que a concorrência no mercado possa gerar prejuízos financeiros às empresas decorre da liberdade de competição e não enseja qualquer tipo de salvaguarda regulatória por parte da ANTT, salvo em casos em que se identifique o abuso de direito ou infração contra a ordem econômica.

3.34. Para além disso, não se pode perder de vista que a prevalência de um ambiente de livre competição deve resultar na diversificação da prestação de serviço, o que implica em empresas atuando com diferentes estratégias de negócio em uma mesma ligação, sem que isso implique, necessariamente, em uma concorrência direta entre elas.

3.35. Poder-se-ia haver, por exemplo, uma ligação em que atuem as Empresa A e B, sendo que a Empresa A opera com uma estratégia de *low cost*, com veículos dentro do limite superior da idade média da frota, ao passo que a Empresa B tenha como política a oferta de serviços diferenciados, somente com ônibus novos com serviço cama, voltada a um nicho específico de demanda.

3.36. Não se pode dizer que as Empresas A e B sejam concorrentes diretas, embora atuem na mesma ligação, muito menos que o ingresso da Empresa B em um mercado operado pela Empresa A ensejaria a caracterização de inviabilidade operacional.

3.37. Para que não paira dúvida, reproduz-se o conceito de autorização na Resolução n. 4.770/2015:

Art. 2º Para fins desta Resolução, considera-se:

I - Autorização: delegação da prestação do serviço regular de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros, a título precário, **sem caráter de exclusividade**, exercido em liberdade de preços dos serviços e tarifas, **em ambiente de competição, por conta e risco da autorizatória**; [grifos acrescidos]

Não há, pois, garantia de exclusividade ou de viabilidade econômica, o que é notório não apenas no setor de TRIP, mas em todos os setores submetidos a um regime autorizativo de delegação da prestação de serviços.

Mas não apenas, como se depreende de outros comandos da Lei n. 10.233/2001, mesmos os instrumentos de concessão e permissão estão sujeitos ao princípio da livre concorrência – e não poderia ser diferente, porque assim determina a Constituição Federal – e não possuem caráter de exclusividade:

Art. 11. O gerenciamento da infra-estrutura e a operação dos transportes aquaviário e terrestre serão regidos pelos seguintes princípios gerais:

...

IV – assegurar, sempre que possível, que **os usuários paguem pelos custos dos serviços prestados em regime de eficiência**;

...

VIII – **assegurar aos usuários liberdade de escolha** da forma de locomoção e dos meios de transporte mais adequados às suas necessidades;

[...]

Art. 28. A ANTT e a ANTAQ, em suas respectivas esferas de atuação, adotarão as normas e os procedimentos estabelecidos nesta Lei para as diferentes formas de outorga previstos nos arts. 13 e 14, visando a que:

I – a exploração da infra-estrutura e a prestação de serviços de transporte se exerçam de forma adequada, satisfazendo as condições de regularidade, **eficiência**, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação do serviço, e **modicidade nas tarifas**;

II – **os instrumentos de concessão ou permissão** sejam precedidos de licitação pública e **celebrados em cumprimento ao princípio da livre concorrência** entre os capacitados para o exercício das outorgas, na forma prevista no inciso I, definindo claramente:

[...]

Art. 38. **As permissões** a serem outorgadas pela ANTT para **o transporte rodoviário interestadual semiurbano** e para o transporte ferroviário e pela ANTAQ aplicar-se-ão à prestação regular de serviços de transporte de passageiros que independam da exploração da infraestrutura utilizada e **não tenham caráter de exclusividade ao longo das rotas percorridas**, devendo também ser precedidas de licitação regida por regulamento próprio, aprovado pela diretoria da Agência e pelo respectivo edital. [grifos acrescidos]

3.38. Logo, o direito invocado pela Viação Ouro e Prata não é tutelado pela lei, vez que a concorrência no mercado não é hipótese ensejadora de inviabilidade operacional e por consectário, não pode servir como propósito limitador ao número de autorizações.



Figura 1 – Mercados operados pela Viação Ouro e Prata em 2019

3.39. Avançando um pouco mais quanto à contradição conceitual de se imaginar a concorrência ruínosa como hipótese ensejadora de inviabilidade operacional, a Figura 1 mostra as ligações operadas pela Viação Ouro e Prata. Em números de 2019, eram pouco mais de 1.300 (mil e trezentos) mercados, sendo que em 66,5% (sessenta e seis vírgula cinco por cento) deles a empresa atua de forma monopolista, com a possibilidade de fixar suas tarifas em parâmetros superiores ao seu custo marginal de produção, o que colide com o inciso IV do art. 11 da Lei n. 10.233/2001, e com a modicidade das tarifas, inciso I do art. 28 do mesmo diploma normativo.

3.40. Por meio do recurso apresentado, a empresa argumentou que 3 (três) dos 28 (vinte e oito) mercados outorgados à Nordeste Transportes poderiam lhe gerar graves prejuízos financeiros, ocasionando inviabilidade operacional.

3.41. Ou seja, no entender da Viação Ouro e Prata, o acréscimo de concorrência em cerca de 0,20% (vinte centésimos por cento) dos mercados em que ela opera seria razão suficiente para limitar o ambiente concorrencial, impedindo a Nordeste Transportes de ampliar sua atuação no setor de TRIP, mesmo nos 25 (vinte e cinco) mercados a ela outorgados em que a Viação Ouro e Prata não atua.

3.42. Outro aspecto que merece destaque, e que reforça o entendimento quanto à inaplicabilidade do conceito de concorrência ruínosa frente às disposições da lei, é que a outorga de autorização, e conseqüentemente a caracterização de inviabilidade operacional, se dá por mercado – ligação entre cidades de diferentes unidades da federação –, mas as empresas operam conjuntos de linhas, compostas por múltiplos mercados.

3.43. Com isso, a viabilização da atividade econômica das autorizatárias não se dá ao nível de um mercado, mas de um conjunto deles, razão pela qual não se pode falar em concorrência ruínosa em razão do incremento concorrencial em uma ligação, que é o que determina o *caput* do art. 47-B da Lei n. 10.233/2001.

3.44. Conforme estudo realizado pela GEAME, e submetido a processo de participação e controle social, por meio da Tomada de Subsídios 10/2018, àquela época, menos de 0,50% (cinquenta centésimos por cento) do total de mercados outorgados era capaz de viabilizar sozinho a operação de uma empresa que atuasse apenas nesta ligação.

3.45. Carece, pois, de racional lógico-matemático, argumentar que a ampliação teórica da concorrência em uma ligação – teórica pois a nova entrante pode atuar com estratégia operacional diferente da empresa incumbente –, tenha o condão de comprometer a viabilidade econômica das empresas que atuam naquele mercado.

3.46. O conceito de inviabilidade operacional se presta unicamente a possibilitar a viabilidade da prestação do serviço, jamais a viabilidade do prestador do serviço, o que, diga-se, é comum a qualquer regime de delegação de outorga pública.

3.47. Assim dispõe a Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005<sup>[5]</sup> (Lei de criação da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC), e o Decreto n. 8.033, de 27 de junho de 2013<sup>[6]</sup>, que regulamentou a Lei dos Portos quanto à exploração de portos organizados e instalações portuárias.

3.48. Veja que tal como o conceito de inviabilidade operacional, tanto a verificação de capacidade operacional dos aeroportos, como a análise de impedimento locacional de instalações portuárias se dá previamente à obtenção das outorgas correspondentes, e nenhuma das análises possui qualquer verificação voltada à tutela da viabilidade econômica das empresas envolvidas.

3.49. Por exemplo, conceitos como equilíbrio econômico-financeiro de contratos se prestam a proteger a execução contratual e conseqüentemente a continuidade da prestação do serviço, nunca a sociedade de propósito específico da concessionária ou permissionária, que tal como as autorizatárias de TRIP, **devem atuar por sua conta e risco**, conforme mandamento da Lei de Concessões, Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

...

II - concessão de serviço público: **a delegação de sua prestação**, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, **por sua conta e risco** e por prazo determinado;

III - **concessão de serviço público precedida da execução de obra pública**: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, **por sua conta e risco**, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

IV - **permissão de serviço público**: a **delegação, a título precário**, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, **por sua conta e risco**. [grifo acrescido]

3.50. Não faria sentido que as autorizatárias de TRIP, detentoras de uma outorga precaríssima, gozassem de garantias legais que não são reservadas a concessionárias e permissionárias de serviço público, que passaram por um processo licitatório de concorrência pelo acesso ao mercado, e são submetidas a uma disciplina contratual.

3.51. Concretizado o ambiente de livre e aberta competição no setor de TRIP, com facilidade de ingresso e saída de empresas, e com estas operando em regime de eficiência, o perecimento de uma autorizatária não teria o condão de prejudicar a efetivação dos pressupostos do serviço adequado, mormente os princípios de universalidade e continuidade da prestação do serviço.

3.52. Avançando para conclusão, vê-se que a Viação Ouro e Prata mencionou a Portaria SUPAS n. 249/2018 como norma orientadora da caracterização do conceito de inviabilidade

operacional, o que é um equívoco.

3.53. A citada portaria, editada no âmbito da SUPAS, padece de vício formal e material e não poderia ser tida como norma válida, capaz de produzir efeitos no mundo jurídico.

3.54. Do ponto de vista formal, o ato foi editado por autoridade não legitimada para tanto, extrapolando os contornos conferidos a esse instrumento na norma regimental então vigente, Resolução n. 5.810, de 3 de maio de 2018:

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

...

IV - Portaria é o ato emanado:

...

b) Dos Superintendentes, **para a execução de atividades administrativas e regulatórias das respectivas unidades**, em estrita observância aos limites da delegação de competências estabelecida pela Diretoria Colegiada. [grifo acrescido]

3.55. Ao dotar a citada portaria de conteúdo normativo, inovando em disposições que restringem direitos e em desacordo com a norma regulatória, mais especificamente quanto ao disposto no art. 72 da Resolução n. 4.770/2015, o então Superintendente de Serviços de Transporte de Passageiros não observou os limites de delegação de competência, razão pela qual a Portaria SUPAS n. 249/2018 é ato nulo.

3.56. Para além do vício formal, o ato em comento também padece de vício material, na medida em que se constituía em instrumento de reserva de mercado, vez que limitava a outorga dos chamados mercados novos – de que tratava o art. 72 da Resolução n. 4.770/2015 – a empresas que já operavam no setor de TRIP e que detinham outorgas estaduais de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, o que caracterizaria abuso de poder regulatório, violando as garantias da livre iniciativa, gravadas na Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, conhecida Lei de Liberdade Econômica – LLE:

Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o **abuso do poder regulatório** de maneira a, indevidamente:

I - **criar reserva de mercado** ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em **prejuízo dos demais concorrentes**;

II - **redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores** nacionais ou estrangeiros **no mercado**; [grifos acrescidos]

3.57. Essas mesmas diretrizes da LLE constam do Decreto n. 10.157, de 4 de dezembro de 2019, que instituiu a política federal de estímulo ao transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros:

Art. 3º São diretrizes da regulamentação do transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros:

I - inexistência de limite para o número de autorizações para o serviço regular de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros, exceto na hipótese de inviabilidade operacional;

...

III - vedação à instituição de reserva de mercado em prejuízo dos demais concorrentes e à imposição de barreiras que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado.

§ 1º Para fins do disposto neste Decreto, **considera-se inviabilidade operacional** de que trata o inciso I do caput deste artigo e o art. 47-B da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, **as limitações exclusivamente de caráter físico ou os impedimentos legais na utilização de espaços públicos ou de instalações** destinadas à operação dos serviços de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros.

[...]

3.58. Destaco, por oportuno, que o Presidente da República, no exercício constitucional de sua competência de editar decretos para garantir o fiel cumprimento da lei, dispôs sobre o conceito de inviabilidade operacional no mesmo sentido dos estudos realizados pela ANTT, por meio da GEAME, para atender o art. 73 da Resolução n. 4.770/2015.

3.59. Observo ainda que além de basear seu recurso na Portaria SUPAS n. 249/2018, ato que entendo nulo, a Viação Ouro e Prata peticionou um pedido de impugnação (0049279) contra o requerimento da Nordeste Transportes que resultou na Deliberação n. 228/2020, com argumentos semelhantes ao do recurso ora em análise, e que esse pedido não foi conhecido no Voto DDB 50/2020 (3265023), que tive a oportunidade de relatar.

3.60. A Viação Ouro e Prata recorreu no sentido que lhe seja conferida imunidade concorrencial, a partir da manutenção das limitações ao ambiente de livre e aberta competição no setor de TRIP, em razão das condições que a Agência fixara com fulcro na delegação normativa conferida pelo art. 4º da Lei n. 12.996/2014.

3.61. Ocorre que essas limitações deixaram de possuir fundamentação legal na medida em que o setor passou a operar com liberdade tarifária – ou seja, o art. 4º da Lei n. 12.996/2014 não produz mais efeitos e a ANTT não detém mais delegação para limitar o ambiente concorrencial.

3.62. Isso posto, o art. 47 da Lei n. 10.233/2001 é claro quanto à natureza dinâmica de um regime autorizativo e à ausência de direito adquirido à permanência de condições vigentes, essência do fundamento recursal da Viação Ouro e Prata, voltado à manutenção das restrições concorrenciais que vigeram na janela de controle tarifário facultada por lei:

Art. 47. A empresa autorizada não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da outorga da autorização ou do início das atividades, devendo observar as novas condições impostas por lei e pela regulamentação, que lhe fixará prazo suficiente para adaptação. [grifos acrescidos]

3.63. Por esse conjunto de razões, conheço o recurso, na medida em que avancei quanto ao exame de mérito, mas entendo que ele não deve ser provido, vez que o direito invocado se funda em argumentos que não encontram abrigo na legislação e nas normas regulatórias.

#### 4. DA PROPOSIÇÃO FINAL

4.1. Ante o exposto, VOTO por conhecer o recurso interposto pela Viação Ouro e Prata S/A, CNPJ n. 92.954.106/0001-42, e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo os termos da Deliberação n. 228, de 28 de abril de 2020, que deferiu a inclusão de mercados na Licença Operacional n. 83, da Nordeste Transportes Ltda.

Brasília, 8 de março de 2021.

DAVI FERREIRA GOMES BARRETO  
DIRETOR

[1] Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 439 – 441.

[2] Art. 14. Ressalvado o disposto em legislação específica, o disposto no art. 13 aplica-se conforme as seguintes diretrizes:

...

III - depende de autorização:

...

j) transporte rodoviário coletivo regular interestadual e internacional de passageiros, que terá regulamentação específica expedida pela ANTT;

[3] Identificação de Concorrência Ruinosa nos Serviços de Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros. Tese de Doutorado, Universidade de Brasília, 2019.

[4] Os estudos realizados pela GEAME se prestaram a cumprir o art. 73 da Resolução n. 4.770/2015.

[5] Art. 48. (VETADO)

§ 1º Fica assegurada às empresas concessionárias de serviços aéreos domésticos a exploração de quaisquer linhas aéreas, mediante prévio registro na ANAC, observada exclusivamente a capacidade operacional de cada aeroporto e as normas regulamentares de prestação de serviço adequadas expedidas pela ANAC. [grifo acrescido]

[6] Art. 30. A análise de viabilidade locacional fica delegada à Antaq.

Parágrafo único. Para os fins deste Decreto, considera-se **viabilidade locacional a possibilidade da implantação física de duas ou mais instalações portuárias na mesma região geográfica que não gere impedimento operacional a qualquer uma delas.** [grifo acrescido]



Documento assinado eletronicamente por **DAVI FERREIRA GOMES BARRETO, Diretor**, em 08/03/2021, às 10:12, 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 5501796 e o código CRC 9D703B48.

Referência: Processo nº 50500.024489/2019-61

SEI nº 5501796

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)