



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

VOTO DDB

RELATORIA: DDB

TERMO: VOTO À DIRETORIA

NÚMERO: 114/2022

OBJETO: Recurso contra a Portaria SUPAS 23/2021

ORIGEM: SUPAS

PROCESSO: 50500.010081/2020-45

PROPOSIÇÃO PRG: Não há

ENCAMINHAMENTO: À VOTAÇÃO – DIRETORIA COLEGIADA

1. DO OBJETO

1.1. Trata-se de recurso interposto pela Empresa Gontijo de Transportes Ltda (a partir daqui, Gontijo), CNPJ 16.624.611/0098-73, contra a Portaria SUPAS 23/2021, que deferiu a inclusão de mercados na Licença Operacional n. 125, da EMTRAM Empresa de Transportes Macaubense Ltda., CNPJ 16.041.592/0001-20.

2. DOS FATOS

2.1. Publicada a Portaria SUPAS 23/2021 no Diário Oficial da União (SE5052766), o que se deu em 22/1/2021, a Gontijo apresentou “pedido de reconsideração” no corpo do processo 50500.009134/2021-66, protocolado em 2/2/2021, posteriormente anexado aos autos do processo principal.

2.2. De forma resumida o pedido, encartado sob o documento SEI5168257, traz como fundamentos recursais:

- a) não atendimento da exigência prevista na Deliberação 134/2018 (Nível I de Monitriip);
- b) inobservância da Instrução Normativa 1/2020, relativamente à ordem cronológica dos pedidos;
- c) ausência de divulgação regular do processo da requerente;
- d) impossibilidade de aplicação da Deliberação 955/2019 na análise dos pedidos em virtude de decisão judicial;
- e) ausência de documentação apresentada pela empresa requerente;
- f) questionamento sob os aspectos econômicos da implantação de novos mercados;
- e
- g) medidas “urgentes para a sobrevivência do setor”.

2.3. Inicialmente o pedido foi analisado por meio do DESPACHO GEOPE (SE1849034), de 15/6/2021, com o seguinte conteúdo, *verbis*:

Trata-se de pedido de reconsideração apresentado pela Empresa Gontijo de Transportes Ltda, CNPJ 16.624.611/0098-73, contra a Portaria nº 23, de 12 de janeiro de 2021, publicada no DOU de 22.01.2021, que deferiu mercados para a empresa EMTRAM - Empresa de Transportes Macaubense Ltda.

Esclarecemos que, conforme a NOTA TÉCNICA SEI N° 90/2021/GEOPE/SUPAS/DIR, o pleito da empresa EMTRAM - Empresa de Transportes Macaubense Ltda., cumpriu todos os requisitos estabelecidos pela Resolução n° 4770/15 e suas alterações, para a autorização de Novos Mercados em regime de autorização.

Considerando que a empresa não apresentou nenhum fato novo que justificasse a reanálise do processo 50500.010081/2020-45, sugerimos o arquivamento do mesmo, mantendo os termos da Portaria nº 23, de 12 de janeiro de 2021, publicada no DOU de 22.01.2021. [grifos acrescidos]

2.4. Ao perceber que não havia dado cumprimento à norma do § 1º do art. 56 da Lei 9.784/1999, vez que não encaminhou o recurso à autoridade superior após não reconsiderar sua decisão contestada, a Gerência Operacional de Transporte de Passageiros (GEOPE) juntou aos autos a NOTA TÉCNICA SEI N° 5655/2022/COTAX/GEOPE/SUPAS/DIR (SEI 13231749), de 23/9/2022.

2.5. Reproduz-se a análise empreendida pela unidade técnica em resposta às alegações da Gontijo, *in verbis*:

NÃO ATENDIMENTO DO NÍVEL MONITRIIP

4.1. A recorrente alegou que a EMTRAM não atendia a exigência da Deliberação n. 134/2018 (nível I MONITRIIP).

4.2. Inicialmente esclarecemos que conforme registros do Sistema de Monitoramento do Transporte Interestadual e Internacional Coletivo - MONITRIIP, o pleito da empresa EMTRAM EMPRESA DE TRANSPORTES MACAUBENSE LTDA., de protocolo n° 50500.010081/2020-45, foi solicitado em período que a empresa possuía Nível de Implantação I para os dados enviados. (2667253).

4.3. Ato contínuo, a empresa foi convocada por meio do OFÍCIO CIRCULAR SEI Nº 353/2020 e confirmou interesse nos mercados incluídos no esquema operacional do formulário LOP protocolo SEI nº 3694841.

4.4. Ocorre que após a apresentação do requerimento da empresa, foi publicada a Deliberação nº 254/2020, estabelecendo diretrizes a serem observadas pela SUPAS na análise de pleitos de mercados novos, a saber:

Art. 1º A Superintendência de Serviços de Transporte de Passageiros - Supas, no exercício das competências de que trata o art. 8º, inciso VIII, IX, X e XI, da Resolução nº 5.818, de 3 de maio de 2018, deverá observar as seguintes diretrizes:

(...)

V - atestar, no caso em que a verificação do nível de implantação do MONITRIIP tenha ocorrido há mais de 60 (sessenta) dias, **que a empresa permaneça no nível de implantação I do Monitriip, para fins de cumprimento do disposto no caput do art. 4º da Deliberação nº 134, de 21 de março de 2018.**"

4.5. Assim, em atendimento ao disposto na Deliberação nº 254/2020, foi verificado que o nível de implantação do Monitriip mais recente da empresa (novembro/2020), era o II-A (SEI nº 4933683).

4.6. Ocorre que em razão da emergência de saúde pública decorrente do Covid-19, a Resolução nº 5.893/2020 **permitiu que empresa com nível de implantação II-A tivessem seus pleitos de novos mercados deferidos**, a saber:

"Art. 10. O nível de implantação II do Sistema de Monitoramento do Transporte Interestadual e Internacional Coletivo - Monitriip, de que trata o inciso II do art. 2º da Deliberação nº 134, de 21 de março de 2018, será apurado da seguinte forma:

I - Nível de implantação II -A:

a) recebimento dos dados do subsistema embarcado igual ou superior a 60%(sessenta por cento) dos prefixos; e

b) recebimento dos dados do subsistema não embarcado igual ou superior a 60% (sessenta por cento) dos prefixos.

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

Parágrafo único. Cumpridas as demais exigências regulatórias, serão deferidos novos mercados às transportadoras somente se estas estiverem enquadradas no nível de implantação I e II -A do Monitriip."

4.7. Com base nesta nova definição, em relação ao nível de implantação do Monitriip, a empresa manteve o nível requerido para solicitação de mercados. Conforme atestado por meio da Nota Técnica (SEI n. 4933714).

VIOLAÇÃO DE ORDEM CRONOLÓGICA DO PEDIDO

4.8. A empresa recorrente alega que não foi observada a instrução Normativa nº. 1, art. 6º que diz:

Art. 6º Recebida a documentação referida no art. 5º, os pedidos entrarão na fase de processamento, obedecendo a ordem cronológica do protocolo de recebimento da documentação, oportunidade em que será iniciada a análise do pedido, na forma do art. 1º.

4.9. No entanto não foi apresentada nenhuma prova de que houve descumprimento da ordem cronológica do pedido.

PUBLICIDADE DOS ATOS

4.10. Alega a recorrente que a forma utilizada pela ANTT para divulgar os processos não cumpre a função de publicidade prevista no art. 37 da CF/88, bem como contraria o Princípio da ampla defesa e do contraditório.

4.11. O artigo 27 da Resolução nº 4.770/2015, que trata da publicidade dos mercados solicitados, dispõe que "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".

4.12. Em atendimento à legislação acima, os pedidos que atenderam aos requisitos mínimos para convocação constantes da Resolução ANTT nº 4.770/2015, Deliberação ANTT nº 955/2019 e Deliberação ANTT nº 134/2018 são publicados no link abaixo:

[https://portal.antt.gov.br/mercados-novos-relatorios-e-convocacoes\(Passageiros - Transporte Interestadual Regular - Mercados Novos - Relatórios e Convocações - Pleiteados e Convocações\)](https://portal.antt.gov.br/mercados-novos-relatorios-e-convocacoes(Passageiros - Transporte Interestadual Regular - Mercados Novos - Relatórios e Convocações - Pleiteados e Convocações))

4.13. Assim, com a publicação do requerimento no sítio eletrônico oficial da Agência, o pré-requisito foi cumprido, visto que a legislação em vigor não especifica o canal de comunicação para publicidade dos requerimentos, sendo o site oficial da ANTT um meio de comunicação oficialmente válido para a publicidade dos requerimentos.

4.14. Ademais, a publicação da decisão deu publicidade e possibilidade de manifestação do interessado e de terceiros.

DELIBERAÇÃO ANTT n. 955/2019 SUB JUDICE

4.15. Destacou a recorrente que a Deliberação nº 955/19 encontrava-se sub judice e que não poderia ter sido tomada como base para nenhuma medida da ANTT.

4.16. Esclarecemos que a decisão proferida no bojo de processo judicial vincula apenas as partes integrantes da relação processual, não sendo oponível a terceiros, por expressa determinação do Código de Processo Civil, a saber:

Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, **não prejudicando terceiros.**

4.17. Por todo o exposto, concluímos que a decisão judicial que por ventura tenha sustado os efeitos da Deliberação n. 955/2019 vincula apenas as partes, não produzindo efeitos sobre requerimentos protocolados por terceiros.

FALTA DE DOCUMENTOS

4.18. Sugere a recorrente que não é possível conhecer todos os documentos que indicam as exigências previstas na Resolução nº 4.770/2015.

4.19. Sobre o assunto, de acordo com os documentos apontados no checklist: 3686186; 3686189; 3686190; 3686191 e 3697613 anexos, o pleito da empresa EMTRAM EMPRESA DE TRANSPORTES MACAUBENSE LTDA. cumpre todos os requisitos estabelecidos pela Resolução nº 4.770/2015 e suas alterações, para a autorização de Novos Mercados em regime de autorização.

AUSÊNCIA DE VIABILIDADE ECONÔMICA

4.20. A recorrente alega que ocorreu queda da lucratividade do ramo de transporte de passageiros, principalmente após a COVID-19, pedindo que a ANTT espere o setor aquecer para dar mercados novos para as empresas.

4.21. Sobre o assunto, esclarecemos que a Lei n. 10233, de 2001, disciplinado a matéria, elencou

que a prestação do serviço de transporte de passageiros deve ocorrer em ambiente de competição aberta, a saber:

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: (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

(...)

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

4.22. Lembrando que o próprio normativo elenca as possibilidades em que o número de autorizações poderá ser limitado, nestes termos:

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 técnica, operacional e econômica. (Redação dada pela Lei nº 14.298, de 2022)

4.23. Nesse sentido, ao passo que as condições mínimas aptas a configurar **viabilidade técnica** e **inviabilidade operacional** foram regulamentadas por meio da Resolução ANTT n. 4770/2015 e do Decreto n. 10.157/2019, respectivamente, de fato, os critérios para caracterização de **inviabilidade econômica** ainda não foram regulamentados pelo Poder Executivo.

4.24. Ocorre que, estando a Administração Pública submetida à observância do princípio da legalidade, consagrado no art. 5º, inciso II da Constituição Federal, não pode impor a ninguém obrigação de fazer ou de deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, e nem se pautar por normas inexistentes.

4.25. Nesse sentido, ao revés do que pretende a Requerente, ausente determinação legal que discipline critérios de inviabilidade ou que vede a outorga de autorizações até edição de ato do Poder Executivo sobre o tema, não é facultado a esta Agência Reguladora limitar o número de autorizações com base em critério não foi disciplinado, sob pena de burla ao regime de autorização instituído pelo legislador ordinário. [grifos do original]

2.6. Após a manifestação da unidade técnica, a SUPAS instruiu o processo na forma prevista no art. 39 do Texto Regimental, com o RELATÓRIO À DIRETORIA 470 (SEI 13231784) e a MINUTA DE DELIBERAÇÃO COTAX (SEI 13231806), ambos de 26/9/2022.

2.7. Em sorteio realizado no dia 27/9/2022 o processo foi distribuído a esta Diretoria, conforme Certidão de Distribuição REDIR-SEGER (SEI 13589034).

2.8. No dia 10/10/2022 fiz uma diligência à SUPAS sobre o levantamento de recursos e pedidos de impugnação, na forma do DESPACHO DDB (SEI 13800229), com o seguinte conteúdo:

De forma a orientar o exame do pleito frente ao que dispõe o art. 27 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, requer-se, com fulcro no art. 42 do Texto Regimental, o levantamento - preferencialmente em planilha eletrônica - de todos os recursos e pedidos de impugnação protocolados pela recorrente, e outras empresas do mesmo grupo controlador, contra processos de autorização de mercados baseados na Resolução ANTT 4.770/2015 e de modificações operacionais de que trata a Resolução ANTT 5.285/2017.

Como sugestão de organização da planilha referida, lista-se as informações que devem constar do levantamento:

- a) processo original, com a qualificação da requerente e identificação da natureza do pleito, se pedido de autorização ou de modificação operacional [nome da autorizatória e CNPJ];
- b) data e protocolo do recurso/impugnação e identificação da empresa recorrente;
- c) razões elencadas nos pedidos de recurso/impugnação, identificando, quando presente, o fundamento jurídico suscitado;
- d) linha/seção principal do processo original [origem e destino];
- e) identificar, para cada recurso/impugnação, se os mercados do processo original são operados pela empresa recorrente/impugnante; e
- f) apresentar o resultado dos recursos ou pedidos de impugnação para os quais haja decisão administrativa definitiva.

Considerando-se o prazo regimental de 15 dias para cumprimento de diligências, caso a Superintendência de Serviços de Transporte Rodoviário de Passageiros (SUPAS) necessite de prazo adicional, solicita-se informar a esta Diretoria com vistas a prorrogação do prazo.

2.9. Por meio do DESPACHO GEOPE (SEI14050382), datado de 24/10/2022, a unidade técnica informou o que se segue:

Conforme levantamento realizado pela área técnica, **verificou-se que a EMPRESA GONTIJO DE TRANSPORTES LTDA. protocolou 883 pedidos de impugnação** entre os quais **654 encontram-se na fila para análise** e 229 processos já foram arquivados (14056400).

Ressalte-se que, **esse número não representa o total de requerimentos de impugnação realizados pela empresa**, visto que, já foram concluídos 2.926 requerimentos de mercados novos, cujo levantamento de impugnações não foi possível no prazo estipulado. [grifos acrescidos]

2.10. Registre-se que a GEOPE juntou aos autos planilha eletrônica, sob o número SEI 14056400, com a relação dos protocolos de impugnação realizados pela Gontijo e pela Viação Continental de Transportes Ltda, empresa integrante do mesmo grupo econômico.

2.11. Em resposta à diligência, a SUPAS editou o OFÍCIO 32883/2022/SUPAS/DIR-ANTT (SEI 14061027), de 26/10/2022, em que destaco os seguintes trechos:

2. Em atendimento ao pleito, os autos foram remetidos à Gerência Operacional de Transporte de Passageiros, que exarou o Despacho GEOPE (14050382), juntamente com o Anexo Impugnações Grupo Gontijo (14056400).

3. Sobre o conteúdo do aludido Despacho GEOPE, verificou-se que a EMPRESA GONTIJO DE TRANSPORTES LTDA. protocolou 883 (oitocentos e oitenta e três) pedidos de impugnação, dentre os quais 654 (seiscentos e cinquenta e quatro) encontram-se na fila para análise e **229 (duzentos e vinte e nove) processos já foram arquivados. Tais processos arquivados correspondem às informações obtidas por meio de levantamento realizado pela área técnica entre outubro/2021 e fevereiro/2022.**

4. Além disso, cumpre destacar que a Planilha (14056400) contém as informações requisitadas por essa DDB que a SUPAS conseguiu obter de forma automatizada.

5. Outrossim, é importante esclarecer ainda que, para alcançar o nível de detalhamento requerido no Despacho DDB (13800229), em relação aos dados constantes da Planilha (14056400), a saber,

883 (oitocentos e oitenta e três) pedidos de impugnação, seria necessário consultar manualmente e de forma individualizada cada processo, a fim de extrair tais informações.

...

7. Ante o exposto, **considerando o grande universo de impugnações apresentadas pela Empresa Gontijo de Transportes Ltda.** e em virtude das dificuldades relatadas no item 5, **consulta-se essa Diretoria sobre a necessidade de prosseguir com o levantamento em questão, no nível de detalhamento estabelecido no Despacho DDB (13800229)** considerando os esclarecimentos apresentados no presente ofício. [grifos acrescidos]

2.12. São os fatos a relatar.

3. DA ANÁLISE PROCESSUAL

3.1. Antes de passar ao exame do pleito, convém salientar que o pleito da Gontijo não se configura como pedido de reconsideração, vez que a SUPAS não é a autoridade superior relativamente ao deferimento de pedidos de mercados em licenças operacionais, atuando a partir de delegação de competência da Diretoria Colegiada.

3.2. Trata-se, pois, de recurso administrativo, o qual, caso não seja reconsiderado pela autoridade que emitiu a decisão, deve encaminhá-lo à autoridade superior, no caso, a Diretoria Colegiada, o que efetivamente ocorreu.

3.3. Conforme a unidade técnica, a “recorrente é empresa legitimada para operação de serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros”, o “recurso foi interposto tempestivamente”, tomando-se por base o prazo de 30 dias previsto no § 3º do art. 68 da Lei 10.233/2001 e o recurso foi direcionado contra ato em que “é cabível recurso à Diretoria Colegiada, em instância administrativa final, na forma do art. 11 do Regimento Interno”.

3.4. Na medida em que o recurso deve ser conhecido, passa-se ao exame de mérito. Quanto às alegações da recorrente, me alinho quase que integralmente às razões trazidas pela GEOPE na NOTA TÉCNICA - ANTT 5655 (SEI3231749) e acolhidas pela SUPAS no corpo do RELATÓRIO À DIRETORIA 470 (SEI 13231784).

3.5. Trago apenas considerações adicionais sobre dois fundamentos recursais, o fato de a Deliberação ANTT 955/2019 estarsub *judice* e a suposta ausência de viabilidade econômica dos “novos mercados”.

3.6. Sobre a Deliberação ANTT 955/2019, em adição ao argumento trazido pela unidade técnica, importa esclarecer que eventual decisão que suspenda os efeitos desse ato não teria qualquer repercussão sobre as autorizações delegadas cronologicamente após sua edição ou sobre futuras outorgas deferidas pela ANTT, vez que a predita deliberação não possui nenhuma relação com os processos de autorização de mercados, processados integralmente com base nos requisitos da Resolução ANTT 4.770/2015, à luz do Decreto 10.157/2019 e da Lei 10.233/2001, com redação dada pela Lei 12.996/2014, em razão do período em que foi editado o ato recorrido – Portaria SUPAS 23/2021.

3.7. A data de publicação da Portaria SUPAS 23/2021, 22/1/2021, também condiciona o exame do argumento de suposta ausência de viabilidade econômica dos “novos mercados” autorizados pela Agência. Refiro-me a esse ponto, pois em sua análise a unidade técnica fez referência à nova redação do art. 47-B da Lei 10.233/2001, modificada pela Lei 14.298/2022, quando deveria ter sido considerada a redação pretérita do art. 47-B, com redação dada pela Lei 12.996/2014.

3.8. Isso se deve em relação ao princípio da ultratividade da norma, que rege a aplicação de dispositivos legais mesmo após cessada sua vigência, desde que sob fatos ocorridos enquanto estavam em vigor. É o caso dos autos.

3.9. Quando da edição da Portaria SUPAS 23/2021, vigia a redação do art. 47-B conforme inserção encartada na Lei 12.996/2014, que não traz qualquer limitação ao número de autorizações em razão de condicionantes de ordem econômica, como pretende a recorrente.

3.10. Por fim, parte significativa das alegações da Gontijo referem-se aos efeitos da pandemia de Covid-19 sobre o setor, efeitos esses que já não são observados no tempo presente – pelo menos não na mesma intensidade –, conforme reconhecem as próprias empresas do setor.

3.11. Pelas razões expostas, me alinho à proposta da SUPAS, no sentido de conhecer do recurso interposto pela Gontijo para, no mérito, negar-lhe provimento.

3.12. Passo, pois, a tratar da matéria que embasou a diligência junto à SUPAS, no caso, o levantamento dos recursos e pedidos de impugnação protocolados pela Gontijo e outras empresas do mesmo grupo controlador contra processos de autorização de mercados baseados na Resolução ANTT 4.770/2015 e de modificações operacionais de que trata a Resolução ANTT 5.285/2017.

3.13. A despeito de a unidade técnica não ter atendido à diligência nos termos requeridos, o que se deveu exclusivamente à elevada quantidade de petições originadas de empresas do Grupo Gontijo, carece de dúvida que a recorrente tem por hábito sistemático contestar atos – ou procedimentos definidos em regras postas – da Agência em favor de empresas supostamente concorrentes.

3.14. Diz-se supostamente, pois foi possível identificar uma série de impugnações contra pedidos de mercados em que a recorrente sequer atua, caracterizando-se atuação de viés potencialmente anticoncorrencial, o que pode configurar abuso de direito e/ou infração contra a ordem econômica, prevista nos arts. 31 e 47-C da Lei 10.233/2001.

3.15. Registra-se que já existe decisão precedente quanto à existência de indícios de infração contra a ordem econômica decorrentes do excesso de petições com vistas a prejudicar a concorrência, conforme o art. 4º da Deliberação ANTT 253/2020.

3.16. Tive a oportunidade de relatar esse processo, razão pela qual trago excertos do Voto DDB 49/2020, em que examino a necessidade de investigar a prática de "sham litigation", *in verbis*:

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 peticionar. 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^[1]:

"[...] 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 acrescidos)

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.

...

3.132. 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.

...

3.142. 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 Eira^[2] 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 nº 10.233/2001, e nos arts. 26 e 27 da Lei nº 13.848/2019, a existência de indícios que podem configurar infração à ordem econômica constatados nos presentes autos.

3.17. A necessidade de reprimir o exercício abusivo do direito de petição ou litigância de má-fé foi expressamente reconhecido pela Agência no corpo da Resolução ANTT 5.950/2021, que aprovou o regulamento das concessões rodoviárias:

Art. 7º Configura exercício abusivo do direito de petição ou litigância de má-fé, sem prejuízo da aplicação de sanção mais gravosa pela tipificação de outra conduta relacionada:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso em lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos ou apresentar documento falso;

III - usar do processo administrativo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo administrativo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado; e

VII - manejar pedido ou recurso administrativo com intuito manifestamente protelatório.

§ 1º As condutas de que trata o caput são puníveis com multa em valor de até 0,2% (dois décimos por cento) do faturamento anual da concessionária no exercício fiscal anterior à prática do ato.

§ 2º A penalidade de que trata o § 1º será aplicada pela mesma autoridade que analisou a matéria principal, sendo aplicável subsidiariamente o disposto na Resolução nº 5.083, de 27 de abril de 2016.

§ 3º Antes de ser imposta a sanção por exercício abusivo de direito de petição ou litigância de má-fé, a Superintendência competente poderá advertir a concessionária para que cesse o ato reputado lesivo. [grifos acrescidos]

3.18. Note-se que segundo a unidade técnica, somente entre os meses de outubro de 2021 e

fevereiro de 2022, foram analisados e arquivados cerca de 229 recursos ou pedidos de impugnação oriundos da Gontijo ou de empresas de seu grupo econômico. Soma-se a isso outros 654 petições pendentes de análise e um número desconhecido de impugnações realizadas pela recorrente sobre os quase 3.000 requerimentos de mercados novos já concluídos.

3.19. São relevantes os indícios de exercício abusivo do direito de petição, todavia, distintamente do setor de concessões rodoviárias, não há norma específica da Agência para reprimir essa conduta, restando a remessa dos autos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), para que esse possa examinar eventual infração contra a ordem econômica.

3.20. Contudo, à semelhança da norma do art. 7º da Resolução ANTT 5.950/2021, entendo que a Agência tem competência para atuar com o objetivo de cessar abuso de direito ou infração contra a ordem econômica, tanto por força do art. 47-C da Lei 10.233/2001, como pela norma do art. 27 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – Lindb (Decreto-Lei 4.657/1942):

Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

§ 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§ 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.

3.21. Que não se diga que a prática de “sham litigation” não poderia ser penalizada a partir do art. 27 da Lindb. Para tanto, reproduz-se trecho de artigo de Sundfeld e Voronoff^[3], *verbis*:

Quanto ao núcleo do dispositivo (*i.e.*, o seu *caput*), o pressuposto lógico que o inspira é a ideia de que processos estatais de todas as esferas envolvem atividades de risco para o direito dos envolvidos e não devem servir de instrumento anômalo para obtenção de vantagens indevidas[*], nem para imposição de prejuízos anormais ou injustos.

[*] A exemplo de vantagens concorrenciais indevidas obtidas em função do manejo estratégico de processos judiciais ou administrativos. Nesses casos – referidos como *sham litigation* –, a parte se vale de seu direito de ação ou petição não como o objetivo de satisfazer um direito material, mas de, exclusiva ou preponderantemente, criar custos para que empresas concorrentes acessem ou no mantenham no mercado. A hipótese é de abuso de direito.

3.22. Mais do que relevante, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro traz o poder-dever de a Administração “impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos”.

3.23. Faz-se premente, pois, que a SUPAS investigue a conduta dos agentes do setor em seu exercício do direito de petição. Contudo, entendo prudente que, à semelhança do art. 7º da Resolução ANTT 5.950/2021, a SUPAS preveja no regulamento setorial as consequências jurídicas dessa conduta.

3.24. Para isso, sugiro que a unidade técnica avance sobre esse tema na revisão da regulamentação que trata das medidas administrativas e penalidades aplicáveis pela ANTT no âmbito do Transporte Rodoviário Coletivo Interestadual Regular de Passageiros (TRIP), prevista na Agenda Regulatória do biênio 2023/2024, conforme o inciso I do art. 4º da Deliberação ANTT 358/2022.

4. DA PROPOSIÇÃO FINAL

4.1. Ante o exposto, VOTO por:

a) conhecer o recurso interposto pela Empresa Gontijo de Transportes Ltda (a partir daqui, Gontijo), CNPJ 16.624.611/0098-73, contra a Portaria SUPAS 23/2021, para, no mérito, negar-lhe provimento; e

b) recomendar à SUPAS, com fulcro no art. 47-C da Lei 10.233/2001 e do art. 27 do Decreto-Lei 4.657/1942, que avalie inserir na revisão do marco de penalidades do setor de TRIP a vedação ao abuso do direito de petição e as respectivas consequências jurídicas dessa conduta.

Brasília, 19 de dezembro de 2022.

DAVI FERREIRA GOMES BARRETO
Diretor

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

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

[3] SUNDFEL, Carlos Ari, e VORONOFF, Alice. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: *Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro- LINDB* (Lei nº 13.655/2018), p. 171-201, nov. 2018.



19/12/2022, às 16:05, 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?](http://sei.antt.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0)

[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

14679853 e o código CRC **BA0E10DC**.

Referência: Processo nº 50500.010081/2020-45

SEI nº 14679853

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