



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

VOTO DDB

RELATORIA: DDB

TERMO: VOTO À DIRETORIA

NÚMERO: 124/2020

OBJETO: AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 13/2019 – PROPOSTA DE APROVAÇÃO DO RELATÓRIO DA AUDIÊNCIA PÚBLICA E MINUTA DE RESOLUÇÃO

ORIGEM: SUFER

PROCESSO (S): 50500.361871/2019-52

PROPOSIÇÃO PRÉVIA: PARECER Nº 00310/2020/PF-ANTT/PGF/AGU (3866710) E DESPACHO DE APROVAÇÃO N. 00183/2020/PF-ANTT/PGF/AGU (3866710)

ENCAMINHAMENTO: À VOTAÇÃO – DIRETORIA COLEGIADA

1. DO OBJETO

1.1. Trata-se de proposta de resolução que regulamenta a prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas não associado à exploração de infraestrutura ferroviária por Operador Ferroviário Independente – OFI, submetida à apreciação e controle social, por meio da Audiência Pública n. 13/2019.

2. DOS FATOS

2.1. O processo tem início com a publicação do Aviso de Audiência Pública n. 13/2019 (SEI 0953491), com “o objetivo de obter subsídios e informações adicionais para o aprimoramento da proposta de resolução que regulamenta a prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas não associado à exploração de infraestrutura ferroviária por Operador Ferroviário Independente – OFI”.

2.2. A previsão inicial é de que o período de contribuições seria entre os dias 5 de agosto e 19 de setembro de 2019, com a sessão presencial ocorrendo no dia 21 de agosto, o que de fato se deu.

2.3. O período de contribuições viria a ser prorrogado por mais 45 (quarenta e cinco) dias, por meio da Deliberação n. 897, de 17 de setembro de 2019 (SEI 1375142), em atendimento a uma solicitação da Associação Nacional dos Usuários do Transporte de Carga – ANUT.

2.4. O Anexo Documentos da Sessão Presencial AP 13/2019 (SEI 1181511) reúne todo o material relativo à sessão ocorrida no dia 21 de agosto de 2019, a saber: o áudio da sessão; as fichas de credenciamento; contribuições escritas; e as inscrições para manifestação oral.

2.5. Após o exame de todas as contribuições e promovidos os ajustes que a unidade técnica entendeu necessários, foi juntado aos autos o RELATÓRIO FINAL DA AUDIÊNCIA PÚBLICA 8 (SEI 3638591), de 30 de junho de 2020.

2.6. O referido relatório elenca os documentos que foram disponibilizados no sítio eletrônico da ANTT no link correspondente à Audiência Pública n. 13/2019, o registro das manifestações – 24 (vinte e quatro) ao todo –, com a análise individualizada destas, bem como as demais alterações que foram promovidas na minuta proposta e que não decorreram diretamente das contribuições apresentadas no âmbito da audiência pública.

2.7. Ató contínuo, a Superintendência de Transporte Ferroviário (SUFER) juntou aos autos a MINUTA DE RESOLUÇÃO CONOR (SEI 3649133), o RELATÓRIO À DIRETORIA 436 (SEI 3678785) e a MINUTA DE DELIBERAÇÃO CONOR (SEI 3680129), em cumprimento ao disposto no art. 50 da norma regimental.

2.8. O processo foi encaminhado ao Gabinete do Diretor-Geral e posteriormente à Secretaria Geral, que após o sorteio de distribuição o redirecionou à Diretoria Murshed Menezes (DMM), por meio do DESPACHO SEGER (SEI 3693267), de 2 de julho de 2020.

2.9. No dia 3 de julho de 2020, o Diretor Murshed Menezes restituiu o processo à SUFER, por meio do DESPACHO DMM (SEI 3698402), para que os autos fossem submetidos à Procuradoria Federal junto à ANTT (PF-ANTT), o que seria feito na mesma data, via DESPACHO SUFER (SEI 3700959).

2.10. A PF-ANTT se manifestou por meio do Parecer Nº 00310/2020/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 3866710), de 24 de julho de 2020, em que atestou que foram respeitados os ditames da norma de participação e controle social, Resolução n. 5.624, de 21 de dezembro de 2017, além de indicar que o Relatório da Audiência Pública estaria em condições de ser aprovado pela Diretoria da ANTT.

2.11. Em adição foram feitas sugestões de ajustes na redação de alguns comandos da minuta de resolução proposta. O Despacho de Aprovação n. 00183/2020/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 3866710), de 2 de agosto de 2020, manifestou concordância parcial com o predito parecer, divergindo apenas

quanto à sugestão de alteração redacional do art. 5º da minuta proposta.

2.12. O processo foi restituído à Gerência de Regulação Ferroviária (GEREF), por meio do DESPACHO SUFER (SEI 3867702), de 4 de agosto de 2020.

2.13. Aquela unidade técnica se manifestou por meio da NOTA TÉCNICA - ANTT 3617 (SEI 3870889), de 6 de agosto de 2020, em que acolheu as sugestões realizadas pela PF-ANTT, exceção apenas à redação do § 1º do art. 37, para o qual propôs uma redação alternativa.

2.14. Na mesma data foram juntados aos autos a MINUTA DE RESOLUÇÃO CONOR (SEI 3872697), o RELATÓRIO À DIRETORIA 523 (SEI 3872758) e a MINUTA DE DELIBERAÇÃO CONOR (SEI 3872933).

2.15. O processo foi encaminhado à Diretoria Murshed Menezes no dia 7 de agosto de 2020, via DESPACHO APGAB (SEI 3893607).

2.16. No dia 11 de agosto de 2020 o Diretor Murshed Menezes, por meio do DESPACHO DMM (SEI 3906167), propôs o cancelamento da distribuição do processo, por ausência de tempo hábil para que a matéria fosse relatada, em razão da proximidade do fim do exercício de sua interinidade no mandato de Diretor da ANTT.

2.17. O pedido de cancelamento de distribuição, fundado no art. 55 do texto regimental, foi aprovado conforme o DESPACHO SEGER (SEI 3932227), de 18 de agosto de 2020.

2.18. O processo foi submetido a um novo sorteio de distribuição, momento em que foi encaminhado a essa Diretoria, por meio do DESPACHO SEGER (SEI 3997741), de 27 de agosto de 2020.

2.19. No dia 15 de outubro de 2020, diante da relevância e complexidade da matéria, e com fundamento no art. 66 do Regimento Interno da ANTT, solicitei à Diretoria Colegiada – DESPACHO DDB (SEI 4271009) – a ampliação do prazo para que a matéria pudesse ser levada à apreciação colegiada, o que foi aprovado na 877ª Reunião de Diretoria Colegiada, em 27 de outubro de 2020, conforme DESPACHO SEGER (SEI 4396169), de 3 de novembro de 2020.

2.20. No dia 4 de novembro de 2020 encaminhei os autos para SUFER, para exame da manifestação da Associação Nacional dos Transportadores Ferroviários (ANTF) sobre o Relatório e Minuta de Resolução do Operador Ferroviário Independente, presentes na Carta nº 115-2020 Alteração Resolução OFI (SEI 4332238), encaminhada a essa Diretoria em 23 de outubro de 2020.

2.21. Na mesma data a ANTF juntou aos autos a Carta ANTF n. 121-2020 Retificação OFI (SEI 4412434), em que retifica uma informação trazida na Carta nº 115-2020.

2.22. O processo foi novamente distribuído à GREF, que se manifestaria novamente, dessa feita por meio da NOTA TÉCNICA - ANTT 5790 (SEI 4671431), de 3 de dezembro de 2020. Nesse documento a unidade técnica examina as considerações encaminhadas pela ANTF, trazendo as respectivas análises técnicas para cada um dos pontos levantados. Na sequência, indica alguns ajustes promovidos na minuta de resolução, em razão de discussões realizadas entre a SUFER e minha equipe de assessoria.

2.23. Por fim foram juntados aos autos a MINUTA DE RESOLUÇÃO CONOR (SEI 4672646), com a versão atualizada da proposta e o RELATÓRIO À DIRETORIA 732 (SEI 4672863).

3. DA ANÁLISE PROCESSUAL

3.1. A análise do processo se subdivide em duas partes, uma primeira, de natureza mais formal, voltada à regularidade do processo de audiência pública, e uma segunda, relativa à proposta de resolução resultado desse processo de participação e controle social.

3.2. Relativamente aos aspectos formais, reproduzo um excerto do Parecer N° 00310/2020/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 3866710), com o qual concordo e utilizo como razão de decidir *in verbis*:

9. Neste feito, pois, cumpre-nos aferir se o procedimento de controle e participação social se deu nos termos da regulamentação da Agência e se foi capaz de permitir verdadeiro ambiente de debates em que sugestões e contribuições colhidas são levadas em conta; também nos cabe a apreciação de juridicidade da minuta de resolução proposta, na medida em que se presta a regulamentar o disposto no art. 13 da Lei nº 10.233, de 2001.

10. O exame dos autos permite concluir que foram respeitadas as normas traçadas para os procedimentos de controle e participação social; à época vigia a redação original da Resolução nº 5.624, de 2017, cujos dispositivos foram devidamente observados. Nesse sentido, a abertura da audiência pública foi precedida de deliberação da Diretoria Colegiada e o aviso foi publicado em jornais de ampla circulação e disponibilizado na internet.

11. Os interessados puderam então participar seja por meio do Sistema de Participação Pública da ANTT (Participantt), por via postal, por entrega na própria sede da Agência e também durante a sessão presencial, podendo manifestar-se oralmente ou por escrito. No SEI é possível ter acesso ao áudio da sessão presencial, bem como às fichas de credenciamento e às contribuições escritas.

12. No Relatório de Audiência Pública, por sua vez, cada uma das contribuições foi enfrentada e, acolhidas ou rejeitadas, contaram com as justificativas necessárias. Dito isso, parece-nos que foi de fato oferecido ao público ambiente propício ao encaminhamento de seus pleitos e sugestões; foi também efetivamente provocada a participação dos setores envolvidos; em última instância, foi dada sim publicidade e transparência a tal ação regulatória da Agência. Nesse sentido, a Audiência Pública parece ter se prestado a seu papel, o de ser instrumento para consolidar proposta final de ação regulatória, aberto ao público, franqueando participação oral e escrita em sessão presencial.

13. Assim, do ponto de vista estritamente formal, tratando-se de matéria que indiscutivelmente merecia ser levada ao crivo popular, outra não deve ser a conclusão de que os trâmites da Audiência Pública nº 013/2019 transcorreram em respeito à Resolução nº 5.624, de 2017, motivo pelo qual o Relatório da Audiência Pública está em condições de ser aprovado pela Diretoria da ANTT."

3.3. Ainda sobre o RELATÓRIO FINAL DA AUDIÊNCIA PÚBLICA 8 (SEI 3638591), destaco o quadro com o registro das manifestações que a Agência recebeu na Audiência Pública n. 13/2019.

Contribuições escritas válidas	
Interessados	Quantidade de protocolos
1) Usuários do serviço de transporte - pessoas físicas	1
2) Usuários do serviço de transporte - pessoas jurídicas	0
3) Entidades representativas de usuários do serviço de transporte	9
Subtotal (a)	10
4) Operadores do serviço de transporte - pessoas físicas	0
5) Operadores do serviço de transporte - pessoas jurídicas	0
6) Trabalhadores do setor	0
7) Entidades representativas dos prestadores de serviço	13
8) Entidades representativas dos trabalhadores do setor	0
9) Poderes Públicos	1
10) Outros	0
Subtotal (b)	14
Total	24

3.4. Como se percebe, as contribuições se subdividiram em dois grandes grupos, entre as enviadas pela ANUT e pela ANTF. Junto a essas, cita-se a participação da Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia (SEAE/ME).

3.5. Em adição à manifestação da PF-ANTT, o RELATÓRIO FINAL DA AUDIÊNCIA PÚBLICA 8 (SEI 3638591) foi escrito em linguagem clara e acessível, indicando com precisão as razões utilizadas para acolher ou rejeitar as contribuições recebidas, bem como apresentando os demais aspectos da minuta de resolução que foram alterados em razão do amadurecimento do tema ao longo do processo de finalização da proposta.

3.6. Antes de avançar quanto ao mérito da minuta de resolução apresentada, reproduzo um excerto da NOTA TÉCNICA - ANTT 2978 (SEI 1308524), que sintetiza bem o objeto da Audiência Pública n. 13/2019 (AP 13/2019):

4. A proposição regulatória em referência tem por objetivo colher subsídios e informações adicionais para o aprimoramento da proposta de resolução que regulamenta a prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas não associado à exploração de infraestrutura ferroviária por Operador Ferroviário Independente - OFI. A necessidade de ajuste nesse regulamento decorre da revogação do Decreto nº 8.129, de 23 de outubro de 2013 (revogado pelo Decreto nº 8.875, de 11 de outubro de 2016), que havia instituído a política de livre acesso à infraestrutura ferroviária federal e estabelecido regras para a atuação da VALEC como gestora da capacidade operacional de transporte a ser disponibilizada para os OFI. Após a realização de estudos, debates internos (SUREG, Procuradoria) e análise de impacto regulatório, a GEROF/SUFER submeteu os documentos produzidos ao PPCS, visando o aprimoramento da proposta.

5. O tema em debate é de grande relevância para a regulação do setor ferroviário de cargas, visto que permite a operação ferroviária a um novo entrante, o OFI, em um sistema caracterizado por um monopólio natural. Portanto, o desafio do projeto é viabilizar o acesso do OFI ao SFF, com base no marco jurídico vigente e visando fomentar a competição no setor (na operação ferroviária em si), bem como, a maior produção e produtividade no transporte ferroviário de cargas."

3.7. O desafio que se impõe à ANTT é o de viabilizar uma figura jurídica, o operador ferroviário independente (OFI), em um contexto normativo distinto daquele para o qual ele foi criado.

3.8. Como é cediço, o OFI surgiu como um instrumento de outorga capaz de viabilizar a adoção do modelo de livre acesso ao Subsistema Ferroviário Federal - SFF. Esse movimento normativo se deu com a edição da Lei n. 12.743, de 19 de dezembro de 2012 e posteriormente com o Decreto n. 8.129, de 29 de outubro de 2013.

3.9. Foi com base nesse suporte normativo que a ANTT editou a Resolução n. 4.348, de 5 de junho de 2014, atual regulamento do operador ferroviário independente.

3.10. Ocorre que o Decreto n. 8.129/2013 foi revogado pelo Decreto n. 8.875, de 11 de outubro de 2016, o que explica em grande medida porque não existem operadores ferroviários independentes atuando no SFF.

3.11. Cabe, pois, à ANTT, fomentar a competição no setor de transporte ferroviário a partir de um modelo de assimetria regulatória entre concessionárias de ferrovias, gestoras da malha ferroviária, e operadores ferroviários independentes, autorizados da prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas não associado à exploração da infraestrutura ferroviária.

3.12. É a partir desse norte que passo a analisar a proposta final de ação regulatória submetida à apreciação colegiada pela SUFER, e o faço com base na versão última da proposta, a MINUTA DE RESOLUÇÃO CONOR (SEI 4672646).

3.13. Antes, contudo, convém ressaltar que além do objetivo principal de conferir efetividade ao regulamento do OFI, a proposta busca alcançar alguns objetivos secundários, assim indicados na

Análise de Impacto Regulatório da Audiência Pública, *in verbis*:

Ainda, tendo em vista as mudanças supracitadas, necessárias em decorrência da alteração da base legal, tem-se como objetivo secundário promover ajustes nas normas relacionadas ao tema para trazer simplificação regulatória, desburocratização, esclarecer dispositivos e melhorar redação. Tais ajustes decorrem da experiência adquirida pela área técnica da ANTT na instrução processual das outorgas de autorização a OFI e da fiscalização de COEs.

3.14. Em linhas gerais a proposta concorre ao fim esperado, já considerando as alterações promovidas em atendimento às sugestões da PF-ANTT, aos ajustes de legística em decorrência dos ditames do Decreto n. 9191, de 1º de novembro de 2017, e as melhorias de mérito no texto da minuta de resolução e aprimoramentos para melhor adequá-la ao Decreto n. 10.139, de 28 de novembro de 2019 e a dispositivos da Lei n. 10.233/2001, especialmente os relacionados à outorga de autorização e a decisões recentes da ANTT.

3.15. Isso posto, e **concordando com o quase inteiro teor da proposta, resalto os dois aspectos em que dirijo da orientação da unidade técnica – a vedação parcial à prestação de serviço de transporte ferroviário de cargas para terceiros por OFI cuja composição societária figure como Parte Relacionada de Concessionária de serviço de transporte ferroviário de cargas; e à possibilidade de transferência de autorização – o que passo a explicar.**

Vedação das partes relacionadas das atuais concessionárias atuarem como OFI

3.16. A vedação parcial à constituição de OFI por empresas que possuam vinculação societária com concessionárias ferroviárias não constava da proposta submetida inicialmente à AP 13/2019 pela SUFER.

3.17. Essa proibição foi suscitada em contribuições da ANUT e da SEAE, as quais foram acolhidas parcialmente pela unidade técnica. Os argumentos apresentados constam do quadro abaixo.

ANUT: “A limitação proposta visa evitar que uma concessionária crie ou participe um OFI que, em tese faria concorrência artificial a ela mesma. Ao mesmo tempo, fomentar o ingresso de novas empresas na prestação do serviço ferroviário, totalmente independentes das concessionárias.”

SEAE: “Avaliar a necessidade de mecanismos mitigadores de risco de constituição de OFI pelas atuais concessionárias para a eventual migração para a realização da atividade de transporte no regime de plena liberdade tarifária, notadamente para os mercados de baixa contestabilidade (granéis agrícolas e minerais), adotando, se for o caso, a vedação para que as concessionárias venham a constituir subsidiárias ou serem sócias em empresas que venham a atuar como OFI, nos termos do Item 21 deste Parecer.”

3.18. Ao dispor sobre essa matéria após a conclusão do relatório final da AP a SUFER inseriu o art. 43 na minuta de resolução, com a seguinte redação:

Art. 43. Fica vedada a prestação de serviço de transporte ferroviário de cargas para terceiros por OFI cuja composição societária figure como Parte Relacionada de Concessionária de serviço de transporte ferroviário de cargas.

3.19. Esse foi um dos pontos principais da Carta nº 115-2020, da ANTF, sob os seguintes argumentos, *in verbis*:

1. Da vedação de OFIs por parte relacionada à concessionária

Em contraposição às diretrizes da Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19), Lei nº 13.848/19, Decreto nº 13.411/2020 e à Política de Redução do Fardo Regulatório empreendida pela própria ANTT, que explicitam o ônus do Poder Público em demonstrar não somente a motivação do ato administrativo, mas principalmente a necessidade efetiva de determinada inovação ou obrigação para o atingimento de determinado fim e o benefício alcançado por esse fim, foi incluído na minuta, após a audiência pública, artigo que veda a possibilidade de a Concessionária ou parte a ela relacionada ser OFI, nos seguintes termos:

...

A disposição é claramente contrária à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica, tutelados constitucionalmente. Deve ser defendida a liberdade como garantia no exercício de atividades econômicas, mediante exercício do poder fiscalizador e regulador do Estado, mas jamais vedar, de antemão, o desenvolvimento de uma atividade econômica lícita em razão de advir de uma sociedade empresarial com vínculo à concessionária, sem qualquer outro fundamento legal. Em razão de ser presumível a boa-fé do particular perante o Poder Público, a proibição de OFI a qualquer empresa que tenha parte relacionada com Concessionária é de pressuposto *contra legem*. Ao Estado, cabe intervir de forma subsidiária e excepcional sobre o exercício de atividades econômicas – característica conferida ao OFI - razão pela qual a vedação não pode prevalecer.

Pugna-se veementemente pela exclusão desta previsão, por se demonstrar exorbitante às competências da Agência e não possuir base legal. Inclusive, viola a CF ao proibir exercício de atividade econômica a determinados agentes sem embasamento.

A vedação de participação de parte relacionada às Concessionárias em OFI para transporte de cargas de terceiros configura-se ainda como nova barreira à entrada nessa atividade. Isso pelo fato de que, a despeito de as Concessionárias per se, serem SPE's, a proposta acaba por limitar que grupos econômicos que sejam controladores das Concessionárias – que são a realidade do mercado – criem OFI para o transporte de carga de terceiros. A justificativa apresentada no relatório ao introduzir tal novel dispositivo, no sentido de que a proposta visa evitar que as Concessionárias criem OFI para contornar as normas vigentes, parte de premissa equivocada de que as empresas buscam burlar e fugir de normas, e cria precedente perigoso. Se o objetivo é criar e estimular, de fato, a figura do OFI, não podem existir barreiras de entrada na operação como as que se colocam nesse dispositivo. [...]

Desse modo, faz-se necessária a supressão desse dispositivo, uma vez que não foram adequadamente estudados seus impactos e, além disso, afetam direitos para além das possibilidades do regulador, em face das leis mencionadas e da Constituição. Adicionalmente, a ANTF sugere a exclusão da definição de “Parte Relacionada”, contida no art. 2º, III, para manter a coerência com exclusão da única menção inserida no art. 43, *caput*.

3.20. Ao voltar a abordar a matéria, no corpo da NOTA TÉCNICA - ANTT 5790 (SEI 4671431), a SUFER se manifestou no seguinte sentido:

32. Com base nesse cotejo de dispositivos legais, verifica-se que, por meio da outorga da concessão, **cabe às concessionárias prestar um serviço público, regido por uma disciplina legal de direito público**, inclusive submetido à regulação pela ANTT, nos termos da Lei nº 10.233/2001. **Nesse sentido, nas atividades concedidas, a livre iniciativa e o livre exercício da atividade econômica não devem ser garantidas a qualquer custo.**

33. Quanto à **prestação de serviços de transporte ferroviário de cargas desvinculada da exploração da infraestrutura**, sua outorga se dá por meio de **autorização**. A autorização se apresenta como um instituto mais precário que a concessão, visto que não se aplicam as mesmas restrições e obrigações que recaem sobre os serviços concedidos. Conforme condições extraídas da Lei nº 10.233/2001, tal instituto: independe de licitação; é exercido em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição; e não possui prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação (art. 43).

34. Dessa forma, considerando (i) que a instituição do OFI objetivou ampliar a concorrência na prestação de serviços de transporte ferroviário; (ii) que para viabilizar a efetiva entrada do operador independente no mercado de prestação de serviço de transporte ferroviário de cargas, dominado por concessionárias monopolistas, foi necessário reduzir barreiras à entrada e lançar mão de um instituto com maior precariedade que a concessão; e que (iii) a liberação da prestação de serviço de transporte ferroviário de cargas para terceiros por OFI cuja composição societária figurasse como Parte Relacionada de Concessionária de serviço de transporte ferroviário de cargas poderia permitir que o serviço delegado às concessionárias passasse a ser operado segundo um modelo mais precário, com possível "abandono" do serviço concedido e significativos prejuízos à competição e aos usuários, optou-se por incluir a restrição imposta no art. 43 da minuta de Resolução em discussão.

35. Entende-se que, caso fosse facultado às concessionárias, por meio do grupo econômico a qual esteja vinculada, a possibilidade de se habilitar como OFI para a prestação de serviço a terceiros, colocar-se-ia em risco o modelo jurídico-regulatório da concessão, uma vez que, interessadas na prestação do serviço autorizado, submetido a um regramento mais flexível, no qual, por exemplo, não se aplica a regulação tarifária, as concessionárias poderiam "abandonar" parcela do serviço concedido, colocando em risco a qualidade e a continuidade do serviço público.

36. Abrir-se-ia, portanto, uma possibilidade formal para a "fuga" da regulamentação por parte das concessionárias, com dificuldade de reversão posterior pela Agência Reguladora, o que justifica a proposição do art. 43 da minuta de Resolução, por parte desta GEREFE.

37. Ademais, nesse cenário, são evidentes as sinergias empresariais e comerciais que poderiam ocorrer entre os atores já instalados no mercado, gerando, portanto, benefícios concorrenciais não extensíveis para outros agentes econômicos que pleiteiam a habilitação para operar como OFI, violando, portanto, os princípios da ordem econômica previstos na Constituição Federal.

38. Em suma, buscou-se criar condições regulatórias que possam resguardar a concorrência na prestação do serviço de transporte e a adequada provisão dos serviços concedidos. Não se trata, por óbvio, de aposição de barreira à entrada desarrazoada, ao contrário, visa garantir princípios constitucionais da ordem econômica como a livre concorrência e a primazia do interesse público.

39. A fim de complementar a argumentação tecida até o presente momento, cumpre apresentar medidas semelhantes adotadas em outros setores regulados. Nesse sentido, cita-se:

40.

(i) Setor Elétrico: Lei n.º 9.074, de 7 de julho de 1995 ("Lei de Concessões, Permissões e Autorizações dos Serviços de Energia Elétrica"), art. 4.º, § 5.º:

Art. 4.º (...)

§ 5.º As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica que atuem no Sistema Interligado Nacional - **SINão poderão desenvolver atividades:**

I - de geração de energia elétrica;

II - de transmissão de energia elétrica;

III - de venda de energia a consumidores de que tratam os arts. 15 e 16 desta Lei, exceto às unidades consumidoras localizadas na área de concessão ou permissão da empresa distribuidora, sob as mesmas condições reguladas aplicáveis aos demais consumidores não abrangidos por aqueles artigos,

inclusive tarifas e prazos;

IV - de participação em outras sociedades de forma direta ou indireta, ressalvado o disposto no art. 31, inciso VIII, da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nos respectivos contratos de concessão; ou

V - estranhas ao objeto da concessão, permissão ou autorização, exceto nos casos previstos em lei e nos respectivos contratos de concessão.

(ii) Setor de Telecomunicações: Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações), art. 68 e 87:

Art. 68. É vedada, a uma mesma pessoa jurídica, a exploração, de forma direta ou indireta, de uma mesma modalidade de serviço nos regimes público e privado, salvo em regiões, localidades ou áreas distintas.

...

Art. 87. A outorga a empresa ou grupo empresarial que, na mesma região, localidade ou área, já preste a mesma modalidade de serviço, será condicionada à assunção do compromisso de, no prazo máximo de dezoito meses, contado da data de assinatura do contrato, transferir a outrem o serviço anteriormente explorado, sob pena de sua caducidade e de outras sanções previstas no processo de outorga.

41. A despeito de todo o exposto, se faz importante destacar que o problema descrito nos parágrafos 34 a 37 desta Nota é minimizado caso a prestação do serviço por "OFI constituído por partes relacionadas de determinada concessionária" se dê fora da malha dessa concessionária. Nesse sentido, caso entenda ser conveniente, em homenagem à ampliação da concorrência no setor, a Diretoria pode decidir por liberar ao OFI constituído por partes relacionadas de determinada concessionária o transporte de cargas de demanda de terceiros nas malhas pertencentes a concessionárias com as quais não possua qualquer relacionamento.

42. Desta feita, sugere-se a seguinte redação:

Art. 43. Fica vedada a prestação de serviço de transporte ferroviário de cargas para

terceiros por OFI cuja composição societária figure como Parte Relacionada de Concessionária de serviço de transporte ferroviário de cargas, exceto se o transporte ocorrer em malha ferroviária sob responsabilidade de concessionária com a qual o OFI não possua qualquer ligação com suas Partes Relacionadas.

43. Tendo em vista a inserção do referido dispositivo na minuta de Resolução, sugere-se o ajuste do art. 39, a fim de caracterizar infração, punível com cassação, o descumprimento do disposto no art. 43, conforme proposta abaixo:

Art. 39. A transferência irregular da autorização, a infração ao disposto no art. 43 e o descumprimento reiterado dos deveres previstos nesta Resolução caracterizam infração grave, passível de punição mediante cassação, apurada por meio de procedimento administrativo prévio, garantido o contraditório e a ampla defesa."

3.21. A controvérsia diz respeito à possibilidade de a ANTT impor restrições concorrenciais à figura do OFI na hipótese eventual desses possuírem vinculação societária com concessionárias ferroviárias.

3.22. Entendo que a ANTT possui competência para impor restrições concorrenciais em atividades econômicas titularizadas pelo Estado, mas somente na forma da lei. E é precisamente por isso que dirijo da unidade técnica quanto à restrição imposta, mesmo na redação proposta para o art. 43 na versão mais atual da minuta de resolução.

3.23. Não o faço, contudo, pelas razões apresentadas pela ANTF. Recentemente tive a oportunidade de relatar, como revisor, o processo que dispunha sobre os atos públicos de liberação de atividades econômicas, sua classificação de risco e os respectivos prazos máximos de análise de que trata o Decreto n. 10.178, de 18 de dezembro de 2019, voltado à aprovação tácita desses atos.

3.24. Nessa oportunidade propus – por meio do Voto Vista DDB 18/2020 (SEI 4055689) –, e a Diretoria Colegiada aprovou, diferenciar os atos autorizativos de que trata o parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal de 1988, da autorização referida no art. 21, inciso XII, da Carta Magna, distinguindo os atos de liberação de atividade econômica dos atos de outorga de atividades titularizadas pelo Estado.

3.25. Ou seja, tanto o OFI, como as autorizações para prestação do serviço de transporte rodoviário coletivo interestadual de passageiros – TRIP, em regime de autorização (TAR), para citar dois exemplos, não são atos de liberação de atividade econômica, o que afasta em parte à aplicação do Decreto n. 10.178/2019 e da Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, conhecida Lei de Liberdade Econômica, ainda que essas outorgas se sujeitem aos princípios e garantias da livre iniciativa dessa norma, no que couber.

3.26. A menção ao TRIP não foi fortuita. Tal como o OFI, o TAR é uma outorga de autorização, conforme indicado no inciso V do art. 13, bem como no inciso III do art. 14, ambos da Lei n. 10.233/2001. Por essa razão, tanto o TRIP, como o OFI se sujeitam à Subseção IV da Seção IV do Capítulo VI da mesma lei.

3.27. Com isso, devem ser características do OFI aquelas indicadas no art. 43 da Lei n. 10.233/2001:

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, e em 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.

3.28. Em complemento, reproduzo o art. 45 da mesma lei:

Art. 45. Os preços dos serviços autorizados serão livres, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, adotando-se nestes casos as providências previstas no art. 31.

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. Inclusive 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.

3.33. Ainda que entenda que as preocupações da ANUT e da SEAE sejam justas, a ANTT dispõe de instrumentos regulatórios de fiscalização e monitoramento de mercado que possibilitam que a Agência atue no sentido indicado pelos arts. 31 e 45 da Lei n. 10.233/2001, tanto sob a perspectiva das concessionárias de ferroviárias, como dos operadores ferroviários independentes.

3.34. Por fim, importante salientar um aspecto suscitado pela ANTF na Carta nº 115-2020, relativamente à presunção de boa-fé do particular perante o poder público, um dos princípios norteadores da Lei de Liberdade Econômica, dos quais, entendo, a ANTT não pode se afastar, sendo,

pois, aplicável ao caso concreto.

Possibilidade de transferência de autorização

3.35. O outro ponto de divergência em relação à proposta final da unidade técnica diz respeito à previsão de transferência de autorização, que não constava da versão inicial e passou a constar da versão final, como § 3º do art. 6º da minuta de resolução.

Art. 6º ...

...

§ 3º É admitida a transferência da autorização para a prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas não associado à exploração de infraestrutura ferroviária, desde que expressamente autorizada pela ANTT.

3.36. Sobre a inclusão desse ponto a SUFER fez a seguinte justificativa, *in verbis*:

Quanto à transferência da autorização, optou-se, visando conferir maior segurança jurídica à matéria, explicitar sua admissão mediante autorização da ANTT.

A admissibilidade da transferência deriva da necessidade de reduzir as barreiras à entrada de novos operadores, vez que por meio de tal processo tanto bens quanto contratos já firmados poderiam ser repassados aos novos operadores, facilitando seu acesso ao mercado e ampliando as chances de manutenção da concorrência.

3.37. Esse tema derivou das conversas entre minha equipe de assessoria e a unidade técnica responsável pela proposta de edição da regulamentação do OFI e se deu muito em função da experiência adquirida com a edição da Deliberação n. 955, de 22 de outubro de 2019, que tive a oportunidade de relatar como revisor, por meio do Voto Vista DDB 005/2019 (SEI 1655274).

3.38. Àquela oportunidade, ao examinar a plausibilidade de transferência de outorga de autorização de mercados no serviço regular de TRIP, com fundamento no exposto na NOTA TÉCNICA – ANTT 3387 (SEI 1630096), defendi a existência de uma relação entre o conceito de transferência de titularidade das outorgas e o princípio da continuidade da prestação do serviço público, em que o primeiro se configuraria como instrumento de efetivação do segundo.

3.39. Ao fazê-lo, foi ressaltado que as alterações promovidas na redação original da Lei n. 10.233/2001 tiveram o condão de afastar qualquer possibilidade de transferência de titularidade das outorgas de autorização, *in verbis*:

77. A supressão da expressão “autorização” do caput e do § 2º do art. 30, e a revogação expressa do inciso IV do art. 44 da lei de reestruturação do setor de transportes eliminam qualquer hipótese de transferência do termo de autorização, principalmente quando essas alterações são cotejadas com as características dessa outorga, positivadas no art. 43 da mesma norma.

3.40. Ou seja, entendeu-se, com razão, que a efetivação do ambiente de livre e aberta competição concorreria à continuidade da prestação do serviço público, o que explicaria a razão para vedação legal da possibilidade de transferência de titularidade das outorgas de autorização. Sobre essa matéria destaco alguns excertos da referida manifestação técnica:

62. Em suma, a independência de licitação, a liberdade de preços, o ambiente de livre e aberta competição e a ausência de prazo de vigência concorrem, **conjuntamente**, a maior eficiência setorial, o que praticamente eliminaria o risco de descontinuidade da prestação do serviço, um dos fatores-chave à necessidade de previsão da transferência de titularidade nos contratos de concessão e permissão.

63. A minimização desse risco – descontinuidade –, associada ao livre ingresso de empresas no mercado, explica porque o Poder Executivo, com a anuência do Poder Legislativo, suprimiu qualquer possibilidade de transferência de titularidade em outorgas de autorização.

...

69. Diferentemente dos setores sujeitos aos regimes que reclamam uma licitação prévia para sua exploração, o livre ingresso e saída dos operadores em um regime de autorização puro – nos moldes do art. 43 da Lei nº 10.233/2001 – concorre muito mais à eficiência do mercado, e por derivação lógica, à fruição do serviço por parte dos usuários, razão pela qual deve ser buscada incessantemente pelos entes reguladores responsáveis por seu disciplinamento. [grifo original]

3.41. Ocorre que mesmo com a vedação expressa em lei à possibilidade de transferência de titularidade de outorgas de autorização, as empresas do setor recorriam a um argumento “contrário sensu”, a partir da redação do art. 48 da Lei n. 10.233/2001, que possui redação idêntica ao do art. 40 da minuta da proposta em análise na diretoria:

Art. 40. Em caso de perda das condições indispensáveis ao cumprimento do objeto da autorização, ou de sua transferência irregular, a ANTT a extinguirá mediante cassação.

3.42. Foi a partir da percepção de que a reprodução da redação do art. 48 da lei, sem considerações adicionais sobre a possibilidade ou impossibilidade da transferência de titularidade da autorização do OFI, que a SUFER foi instada a se posicionar sobre essa possibilidade.

3.43. Em resposta a essa provocação que a SUFER propôs uma alteração na proposta, passando a admitir a transferência de autorização, pelas razões já expostas.

3.44. Embora compreenda a preocupação da unidade técnica, mais uma vez correta, reafirmo o entendimento quanto à impossibilidade legal da transferência de outorga de autorização, aplicável não somente ao TRIP, como também aos operadores ferroviários independentes.

3.45. Esse tema já foi objeto de intensa judicialização por parte das empresas de transporte rodoviário de passageiros, em mais de duas dezenas de ações judiciais, em que o entendimento da ANTT vem prevalecendo, na integralidade dessas lides.

3.46. Relativamente à preocupação da unidade técnica, no sentido de que a impossibilidade de transferência da autorização do OFI poderia se revestir em uma barreira à entrada, reputo que esse risco pode ser mitigado uma vez que o OFI poderia recorrer a alteração do controle societário como medida alternativa.

3.47. Por seu turno, ainda que se admitisse haver possibilidade de transferência de autorização do OFI – o que a lei não faculta –, entendendo que a anuência da ANTT a essa operação não se estenderia automaticamente aos Contratos Operacionais Específicos (COEs) que os autorizados precisam celebrar com cada um dos concessionários de ferrovias, o que eliminaria a vantagem esperada de admitir a transferência de titularidade, vez que o ônus de firmar um COE possui um custo regulatório significativamente superior ao da obtenção da outorga do OFI, mormente após a simplificação regulatória trazida a essa proposta pela SUFER.

Alterações na minuta proposta em razão das divergências apontadas

3.48. A partir da divergência apontada em relação a esses dois pontos – vedação à atuação de partes relacionadas das concessionárias como OFI; e possibilidade de transferência da autorização do OFI –, fundadas em razões de legalidade, fez-se necessário promover ajustes pontuais na minuta proposta, condensadas no quadro a seguir.

ALTERAÇÃO	MOTIVAÇÃO
Art. 6º § 3º É vedada a transferência da autorização para a prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas não associado à exploração de infraestrutura ferroviária.	Impossibilidade legal de transferência de titularidade de outorgas de autorização na Lei n. 10.233/2001.
Supressão do art. 43, com a consequente renumeração dos artigos seguintes.	Impossibilidade de impor óbices concorrenciais às outorgas de autorização de OFI, em razão da ausência de mandamento legal específico nesse sentido.
Art. 39. A transferência irregular da autorização e o descumprimento reiterado dos deveres previstos nesta Resolução caracterizam infração grave, passível de punição mediante cassação, apurada por meio de procedimento administrativo prévio, garantido o contraditório e a ampla defesa.	Supressão da menção do art. 43 no caput do art. 39 da proposta, em razão da supressão do art. 43 na minuta de resolução.

3.49. A exceção das alterações indicadas no quadro acima, acolho integralmente a minuta de redação proposta pela SUFER, por entender que a proposta concorre ao fim esperado, de proporcionar o aumento da competição na prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas, bem como incrementar a eficiência na utilização do SFF a partir de um melhor aproveitamento da capacidade ociosa da malha ferroviária.

3.50. Relativamente à regra de vigência, em atendimento ao disposto no Decreto n. 10.139/2019, proponho que a norma passe a vigor a partir do dia 4 de janeiro de 2021, período em que a SUFER pode promover uma ampla divulgação do novo regulamento da prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas não associado à exploração de infraestrutura ferroviária por Operador Ferroviário Independente em articulação com a Assessoria de Comunicação Social da ANTT.

4. DA PROPOSIÇÃO FINAL

4.1. Ante o exposto, VOTO no sentido de propor à Diretoria Colegiada que:

- a) aprove o Relatório da Audiência Pública n. 13/2019, realizada no período 5 de agosto de 2019 ao dia 4 de novembro de 2019, bem como determine sua divulgação, na forma da MINUTA DE DELIBERAÇÃO DDB (SEI 4732136); e
- b) aprove a proposta que regulamenta a prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas não associado à exploração de infraestrutura ferroviária por Operador Ferroviário Independente – OFI, na forma da MINUTA DE RESOLUÇÃO DDB (SEI 4727292).

Brasília, 15 de dezembro de 2020.

DAVI FERREIRA GOMES BARRETO
DIRETOR



Documento assinado eletronicamente por **DAVI FERREIRA GOMES BARRETO**, Diretor, em 15/12/2020, às 18:07, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do



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, informando o código verificador 4727289 e o código CRC 0FF7D85B.

Referência: Processo nº 50500.361871/2019-52

SEI nº 4727289

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