



Supremo Tribunal Federal STFDigital

15/06/2018 14:37 0040186

**PETIÇÃO DIGITALIZADA**

MINISTÉRIO DA FAZENDA

Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência
Esplanada dos Ministérios - Bloco P - Ed. Sede, Sala 211 - Bairro Zona Cívico-Administrativa
CEP 70 048 - 900 - Brasília/DF - (61) 3412-2360 - e-mail gabinete.seprac@fazenda.gov.br

Ofício SEI nº 44/2018/GABIN/SEPRAC-MF

Brasília, 15 de junho de 2018.

Excelentíssimo Senhor Doutor
Ministro Luiz Fux
Supremo Tribunal Federal, Praça dos Três Poderes
CEP 70175-900 - Brasília/DF
Telefone: 61 3217- 4388
Endereço eletrônico: gabineteluizfux@stf.jus.br

Assunto: **ADI 5956 e ADI 5959.**

Referência: Ao responder este Ofício, favor indicar expressamente o Processo nº 18101.100554/2018-71.

Excelentíssimo Senhor,

Ao mesmo tempo em que cumprimento Vossa Excelência, **peço o desentranhamento** dos autos da Nota Técnica SEI nº 10/2018/ASSEC/SEPRAC-MF, protocolada em 15 de junho de 2018 nesse Supremo Tribunal Federal, **e a sua substituição** pela anexa Nota Técnica SEI nº 11/2018/ASSEC /SEPRAC-MF.

Anexo:

I - Nota Técnica SEI nº 11/2018/ASSEC/SEPRAC-MF (SEI nº 0775532).

Respeitosamente,

Documento assinado eletronicamente

JOAO MANOEL PINHO DE MELLO

Secretário de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência



Documento assinado eletronicamente por **João Manoel Pinho de Mello**, **Secretário(a) de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência**, em 15/06/2018, às 13:44, 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.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0775585** e o código CRC **53B123CA**.

Processo nº 18101.100554/2018-71.

SEI nº 0775585

Impresso por: 004.182.951-40 ADI 59553
Em: 15/06/2018 - 15:53:49

MINISTÉRIO DA FAZENDA

Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência

Assessoria do Secretário

Nota Técnica SEI nº 11/2018/ASSEC/SEPRAC-MF

Assunto: **Efeito da política de preços mínimos do transporte rodoviário de cargas sobre a concorrência.**

Senhor Secretário,

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1. Na edição extra do Diário Oficial da União de 27 de maio de 2018 foi publicada a Medida Provisória nº 832, de mesma data, que institui a política de preços mínimos do transporte rodoviário de cargas. A Medida Provisória nº 832, de 2018, foi emitida em meio a uma crise de abastecimento sem precedentes, sob alegações de possível locaute e cartelização -- ainda sob investigação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

2. A referida política foi disciplinada, mais precisamente, pelos artigos 5º a 7º daquela medida provisória:

“Art. 5º Para a execução da Política de Preços Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas, a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT publicará tabela com os preços mínimos referentes ao quilômetro rodado na realização de fretes, por eixo carregado, consideradas as especificidades das cargas definidas no art. 3º.

§ 1º A publicação da tabela a que se refere o caput ocorrerá até os dias 20 de janeiro e 20 de julho de cada ano e a tabela será válida para o semestre em que for editada.

§ 2º Na hipótese da tabela a que se refere o caput não ser publicada nos prazos estabelecidos no § 1º, a tabela anterior continuará válida e seus valores serão atualizados pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, ou por outro que o substitua, no período acumulado.

§ 3º A ANTT publicará a primeira tabela a que se refere o caput, a qual vigorará até 20 de janeiro de 2019, no prazo de cinco dias, contado da data de publicação desta Medida Provisória.

§ 4º Os preços fixados na tabela a que se refere o caput têm natureza vinculativa e a sua não observância sujeitará o infrator a indenizar o transportador em valor equivalente ao dobro do que seria devido, descontado o valor já pago.

Art. 6º O processo de fixação dos preços mínimos contará com a participação dos representantes das cooperativas de transporte de cargas e dos sindicatos de empresas de transportes e de transportadores autônomos de cargas.

Art. 7º Para a fixação dos preços mínimos, serão considerados, prioritariamente, os custos do óleo diesel e dos pedágios.” [grifamos]

3. Em 7 de junho, a Associação do Transporte Rodoviário de Carga do Brasil (ATR Brasil) protocolou junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) ação direta de inconstitucionalidade (ADI) com pedido de medida cautelar, tendo por objeto a Medida Provisória nº 832, de 2018. Em 13 de junho de 2018 o Ministro Relator da ADI nº 5.956 Luiz Fux emitiu despacho, intimando, entre outros, esta Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac), com urgência, para manifestação em quarenta e oito horas. A decisão interlocutória ainda pediu a

redistribuição da ADI nº 5959, que versa sobre a mesma matéria, por prevenção ao mesmo relator.

4. O mandado de intimação foi expedido em 14 de junho de 2018, data em que tomamos ciência diretamente pelo processo eletrônico disponível na página do Supremo Tribunal Federal.

DA COMPETÊNCIA DA SECRETARIA DE PROMOÇÃO DA PRODUTIVIDADE E ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA -- SEPRAC

5. Na atual configuração do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)[1], uma das competências da Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência é “promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade”. Essa atribuição decorre da leitura conjunta do art. 19, VI da Lei nº 12.529, de 2011, que conferiu essa competência à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com o Decreto nº 9.266, de 2018, que extingue essa secretaria e confere as suas atribuições de advocacia da concorrência, exceto no setor de energia, à Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência daquele mesmo ministério.

6. No exercício da sua ampla prerrogativa legal de promoção da concorrência introduzida por lei em 2011, esta Secretaria tem aperfeiçoado a sua atuação junto ao Judiciário e outros órgãos julgadores, tornando-se mais ativa na promoção de cursos e levando subsídios econômicos e de análise econômica do direito para ações judiciais e em tribunais de contas que tenham elevado impacto sobre a concorrência. Exemplos recentes são a sua atuação como *amicus curiae* junto ao Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 449 e no Processo REP-6/00004676 junto ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, assim como o seu pedido de ingresso, nessa mesma condição, no Recurso Extraordinário nº 1.054.110/SP e no Processo nº 0028488-96.2011.4.01.3400, em trâmite no Tribunal Regional Federal da Primeira Região.

MÉRITO

A. Da EMI Nº 34 MTPA/CC, de 27/5/2018 e do convívio entre os princípios constitucionais da livre concorrência, da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano

7. A Medida Provisória nº 832, de 2018, foi acompanhada da EMI Nº 34 MTPA/CC, de 27 de maio de 2018. Nos dizeres da exposição de motivos:

“Embora a livre concorrência seja um princípio previsto na Constituição Federal (inciso IV, art. 170, CF), a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, CF). A situação atípica que se configura justifica que o Estado atue de forma excepcional, buscando atenuar as distorções que se processam no setor, considerando-se a valorização do trabalhador do transporte rodoviário de cargas, assegurando-lhe existência digna.”

8. O entendimento de que a livre concorrência e a livre iniciativa não são bens em si mesmos e precisam interagir com objetivos de valorização do trabalho humano e de existência digna encontra amplo respaldo na doutrina. Assim descreve Eros Grau[2], Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal:

“Constituição dirigente que é, a de 1988 reclama – e não apenas autoriza – **interpretação dinâmica**. Volta-se à transformação da sociedade, transformação que será promovida na medida em que se reconheça, no art. 3º -- e isso se impõe --, fundamento à reivindicação, pela sociedade, de **direito à realização de políticas públicas**. Políticas públicas que, objeto de reivindicação constitucionalmente legitimada, hão de importar o fornecimento de prestações positivas à sociedade.” [grifamos]

9. Segundo Eros Grau[3]:

“A dignidade da pessoa humana é adotada pelo texto constitucional concomitantemente como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) **e como fim da ordem econômica** (mundo do ser) (art. 170, caput – ‘a ordem econômica ...tem por fim assegurar a todos existência digna.’” [grifamos]

10. E assim prossegue[4]:

“Indica ainda o texto constitucional, no seu art. 1º, IV, como fundamento da República Federativa do Brasil, o valor social do trabalho; de outra parte, no art. 170, *caput*, **afirma dever estar a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano.**” [grifamos]

11. Mais adiante[5]:

“No seu art. 1º, IV, a Constituição de 1988 enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social da livre iniciativa; de outra parte, no art. 170, *caput*, afirma dever estar a ordem econômica fundada na livre iniciativa; e, mais, neste mesmo art. 170, IV, refere como um dos princípios da ordem econômica a livre concorrência[6].

Enunciado no art. 1º, IV, e afirmação no art. 170, *caput*, consubstanciam princípios políticos constitucionalmente conformadores; livre concorrência, no art. 170, IV, constitui princípio constitucional impositivo (Canotilho).

No que tange ao primeiro dos princípios que ora temos sob consideração, cumpre prontamente verificarmos como e em que termos se dá a sua enunciação no texto. E isso porque, **ao que tudo indica, as leituras que têm sido feitas do inciso IV do art. 1º são desenvolvidas como se possível destacarmos de um lado ‘os valores sociais do trabalho’, de outro a ‘livre iniciativa’, simplesmente. Não é isso, no entanto, o que exprime o preceito. Este em verdade enuncia, como fundamentos da República Federativa do Brasil, o valor social do trabalho e o valor social da livre iniciativa.**” [grifamos]

12. E arremata[7]:

“O conteúdo da livre iniciativa, porém – quero retornar a este ponto -, é bem mais amplo que aquele cujo perfil acabo de debuxar.

Importa deixar bem vincado que a livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. A Constituição, ao contemplar a livre iniciativa, a ela só opõe, ainda que não a exclua, a ‘iniciativa do Estado’, não a privilegia, assim, como bem pertinente apenas à empresa.

É que a livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, correlária da valorização do trabalho, do trabalho livre – como observa Miguel Reale Junior – em uma sociedade livre e pluralista.

Daí por que o art. 1º, IV, do texto constitucional – de um lado – enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social e não as virtualidades individuais da livre iniciativa e – de outro – o seu art. 170, *caput*, coloca lado a lado trabalho humano e livre iniciativa, curando contudo no sentido de que o primeiro seja valorizado.” [grifamos]

13. Luís Eduardo Schoueri, sucessor de Eros Grau enquanto Professor Titular do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário do Largo de São Francisco, segue o mesmo entendimento[8]:

“Embora seja elemento comum a ambos, **a concorrência, no setor público, não tem o mesmo fundamento daquela que prevalece no Direito Econômico.** Neste, a livre concorrência é princípio previsto no art. 170, visando à construção da Ordem Econômica ali preconizada. **Fundando-se no trabalho e na livre-iniciativa, a livre**

concorrência surge como ferramenta para que se alcance o ideal maior: existência digna, segundo os ditames da justiça social. Acreditou o constituinte, em síntese, que da livre concorrência (em conjunto com os demais valores ali preconizados) surgiria uma Ordem Econômica mais justa. O raciocínio parece imediato quando se tem em conta que a livre concorrência pode ser mecanismo útil para que se tenha uma produção e circulação de bens e serviços.” [grifamos]

14. A política de preços mínimos do transporte rodoviário de cargas instituída pela Medida Provisória nº 832, de 2018, poderia, portanto, ser constitucionalmente amparada, se instrumentalizasse uma política pública concebida em favor do bem-estar social e o afastamento da concorrência se desse no menor grau necessário para que aquela pudesse se implementada. Um aspecto relevante é saber até que ponto a Medida Provisória nº 832, de 2018, conjuga esses elementos que justificam a mitigação da concorrência.

B. Da doutrina *Parker v Bown* e da ausência de uma política pública ativamente supervisionada

15. A relação entre a defesa da concorrência e políticas públicas com possíveis efeitos anticompetitivos é abordada pela doutrina *Parker v Brown*, mais conhecida, no Brasil, como doutrina *state action*. Construída jurisprudencialmente pelos tribunais norte-americanos, a doutrina foi internalizada por seguidas decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)[9], em particular a partir da leitura de Calixto Salomão Filho[10]. Segundo o Professor Titular do Departamento de Direito Comercial do Largo de São Francisco, a substituição da concorrência pela regulação dependeria da presença concomitante de dois elementos: i) a constatação da existência de uma política expressa de substituição da competição pela regulação; e ii) a existência de ativa e constante supervisão do cumprimento das obrigações regulatórias pelo administrado.

16. A partir de uma análise detalhada dos *leading cases* norte-americanos, Taufick[11] revisita a literatura para explicar que, segundo concebido pela jurisprudência dos tribunais federais dos Estados Unidos, a substituição da concorrência por uma política pública deve ser pontual, limitando-se ao estritamente necessário para que aquela seja implementada.

“Contrariamente aos ensinamentos de Calixto Salomão Filho e à jurisprudência que [vinha] se consolidando no Cade, **a substituição da concorrência pela regulação pugnada pela doutrina *Parker v. Brown* há de ser excepcional, limitando-se ao estritamente necessário.** Por um lado, isso implica afirmar que ela é mais restrita que o afirmado por Salomão Filho, porquanto não demanda a plena substituição da concorrência, mas a sua isenção apenas nos limites estritamente necessários.

Por outro lado, ressalte-se, isso nos leva a afirmar que **a isenção é, casuisticamente, mais ampla e não abarca, apenas, as concessões, mas qualquer posicionamento manifesto por um dos poderes soberanos no sentido de substituir a concorrência. Sendo desnecessário estendê-la a todos os aspectos de determinado setor, torna-se mais factível admiti-la mais largamente em pequenas doses.**

Esse comportamento paradoxal, ainda não analisado pela jurisprudência do Cade [até então disponível], é que confere a benéfica convivência entre a regulação e a concorrência, tornando-as complementares em lugar de superpostas. Vale frisar que, da forma posta por doutrina e jurisprudência brasileiras, tem-se caminhado no sentido de servir à substituição da regulação pela concorrência, em sentido inverso àquele no qual foi concebida a isenção *Parker v. Brown*.” [grifamos]

17. Complementa:

“O julgamento de *Parker v. Brown* trouxe importantes contribuições ao antitruste

norte-americano. A maior parte dos achados faz alusão à separação entre as competências regulatórias estaduais e federais. Contudo, a sua **singular contribuição aos estudos dos pontos de enfrentamento entre concorrência e regulação, no Brasil, não é trivial: trata-se da isenção antitruste conferida aos poderes Legislativo e Executivo no ensejo da soberana implantação e implementação de políticas públicas. E, mesmo sendo natural, no direito brasileiro, por determinação legal, enfrentar atos anticoncorrenciais praticados por agentes estatais, seguindo a doutrina *state action*, essa submissão só se estenderia aos entes de mercado sujeitos ao direito privado, como empresas públicas e sociedades de economia mista – tipologias que o direito norte-americano desconhece. O ato do regulador, ato público em sentido estrito, estaria coberto pela doutrina inaugurada em *Parker v. Brown*.” [grifamos]**

18. Entrementes, ao estudar cada um dos casos que contribuiu para o aperfeiçoamento dentro da jurisprudência norte-americana, Taufick explicita que a “isenção antitruste conferida aos poderes Legislativo e Executivo no ensejo da soberana implantação e implementação de políticas públicas” não confere imunidade concorrencial ao destinatário de qualquer atividade instigada por uma política pública. Nesse sentido, somente a atividade ativamente supervisionada pelo Poder Público, com o objetivo de alcançar o bem que se buscava alcançar com a política pública, é amparada pela doutrina *Parker v. Brown*, sob pena de estar-se afastando a concorrência com o objetivo de promover interesses rentistas que, como tais, derivem a sua renda da proteção legal contra a concorrência conferida pelo Estado, em detrimento do bem-estar social.

“A supervisão ativa não é um dado em si, mas a aferição da relevância daquela política pública que ensejou a substituição da concorrência nos limites do necessário. A concorrência, observe-se, não deve, nessa linha, ser afastada sem que haja motivo relevante para tanto. A aferição da relevância se dá pelo registro da qualidade da supervisão pelo regulador.” [grifamos]

19. Esse posicionamento fica ainda mais transparente quando o autor aborda o caso *Cal. Liquor Dealers v. Midcal Aluminum, Inc.* (445 U.S. 97 (1980)):

“Afirmado o princípio da imunidade concorrencial para políticas públicas, o caso *Cal. Liquor Dealers v. Midcal Aluminum, Inc.* (445 U.S. 97 (1980)) ou, simplesmente, *Midcal*, fez crescer que, para a efetiva caracterização da imunidade, era imprescindível a supervisão ativa do regulador – sem o que a política pública (*state action*) se converteria em atividade eminentemente privada (*private action*). Trata-se do princípio norteador do voto divergente do ministro White em *NASD* – o qual, embora divergisse nas conclusões da decisão dos seus homólogos, trouxe princípios que já eram apontados na jurisprudência daquele tribunal.

Em *Midcal* foi analisado o sistema de precificação para o vinho adotado no estado da Califórnia. Nesse modelo, o produtor de vinho e os atacadistas tinham o dever de definir os preços a serem cobrados pelos atacadistas em contratos a serem registrados com o estado. O atacadista vendendo abaixo do valor pactuado poderia ser multado ou ter a sua licença suspensa ou revogada. Nesse sentido, um atacadista acusado de vender vinho a preço mais baixo que aquele estabelecido ajuizou ação junto ao Tribunal de Apelação da Califórnia, à qual foi dado provimento por se entender haver violação ao *Sherman Act*.

Esse entendimento foi confirmado pela Suprema Corte, segundo a qual havia fixação de preço de revenda, dado que o produtor poderia sustar a concorrência definindo os preços cobrados pelos atacadistas. Apontou, ainda, que o envolvimento da administração não é suficiente para estabelecer a imunidade *Parker v. Brown*: embora houvesse uma clara política pública expressa e articulada visando permitir a fixação de preços de revenda, não se preenchia o segundo requisito, qual seja a supervisão ativa pela própria administração (*actively*

supervised by the State itself). De acordo com o sistema, a administração simplesmente autorizava os preços determinados pelos produtores e punia quem os desafiava – de tal modo que não estabelecia os preços, não analisava a sua razoabilidade, não regulava os termos dos contratos, não monitorava as condições do mercado e não procedia ao reexame do programa. Segundo observado, a política concorrencial nacional não poderia ser ofuscada por uma fina capa (*gauzy cloak*) de envolvimento da administração em algo que se torna, essencialmente, um acordo privado de fixação de preços. Não havia, ademais, prova que indicasse que o sistema adotado ajudava de qualquer modo a sustentar os pequenos retalhistas ou a conter o consumo de álcool pelos californianos e, que, portanto, indicasse que esse mesmo sistema fosse reputado mais relevante para o estado da Califórnia que a proteção da concorrência.

É interessante notar, a partir dessa última observação, que, apesar da falta de uma ativa supervisão, o tribunal apelou, também, aos próprios resultados da regulação, a fim de verificar se haveria razoabilidade em percebê-la como efetiva política pública. Não vejo, nessa análise material da regulação, um interesse do tribunal em definir peremptoriamente se a matéria era passível de ser regulada e se essa regulação poderia afastar a defesa da concorrência – o que viria a consistir em indevida ingestão de um poder soberano (judiciário) em outro (executivo ou legislativo). Vejo, sim, uma análise *ad cautelam* da Suprema Corte que, apesar de não encontrar supervisão ativa formal, teria tentado verificar a existência de algum efeito positivo sobre o mercado que indicasse, eventualmente, uma autorregulação que pudesse suprir essa ativa supervisão. Ou seja, a Suprema Corte tentava, sim, verificar se, sob qualquer ponto de vista, ela estaria ingerindo em uma política pública – e não, em sentido inverso, simplesmente analisando se, ainda que houvesse supervisão ativa, poderia ser estendida àquele caso a isenção *Parker v. Brown*. Aliás, os casos já analisados permitem concluir que a Suprema Corte utiliza a supervisão ativa como critério de aferição da relevância do programa para o estado. No presente caso, a cautela em relação a esse pressuposto – que não deixa de ser presunção relativa – levou a que o tribunal averiguasse, ainda, se a regulação não era, de fato, efetiva para, só então, afastar plenamente a imunidade concorrencial.” [grifamos]

20. *Midcal* representa um caso importante para indicar por que a imposição de restrições à concorrência por meio da Medida Provisória nº 832, de 2018, demandaria, além da expressa determinação de afastamento da concorrência – exigência que foi cumprida expressamente pela exposição de motivos e, tacitamente, pelo texto da norma -, que houvesse a ativa supervisão por parte de órgão público acerca dos benefícios gerados sobre “a valorização do trabalhador do transporte rodoviário de cargas, assegurando-lhe existência digna”, com sugerido pela EMI Nº 34 MTPA/CC, de 27/5/2018. Sem essa supervisão ativa, o tabelamento seria tão somente “um acordo privado de fixação de preços”.

21. Como antecipado em excerto[12] trazido à colação mais acima, o Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal Eros Grau também antecipava que a Constituição de 1988 volta-se à transformação da sociedade, a qual será promovida mediante “reivindicação, pela sociedade, de direito à realização de políticas públicas. Políticas públicas que, **objeto de reivindicação constitucionalmente legitimada**, hão de importar o fornecimento de **prestações positivas à sociedade**.” Em outras palavras, não é toda reivindicação, em particular reivindicações rentistas, que subsidiam a realização de políticas públicas.

22. O mesmo pode ser extraído do trecho retirado mais acima da obra seminal de Luís Schoueri[13]:

“Acreditou o constituinte, em síntese, que da livre concorrência (em conjunto com os demais valores ali preconizados) surgiria uma Ordem Econômica mais justa. **O raciocínio parece imediato quando se tem em conta que a livre concorrência**

pode ser mecanismo útil para que se tenha uma produção e circulação de bens e serviços.”

23. A observação de Schoueri é particularmente relevante para o presente caso, como confirmam as duas próximas seções. A medida provisória sob escrutínio da ADI nº 5956 e da ADI nº 5959, como se notará, afetou a própria circulação de mercadorias e serviços, gerando, inclusive, o temor de imposição de uma dupla marginalização como forma de proteger os setores diretamente afetadas pela política de preços mínimos do transporte rodoviário de cargas. Exemplo reside na aprovação do Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 215/2015 – que estabelece a inclusão do leite na pauta de produtos amparados pela Política de Garantia de Preços Mínimos (PGPM) – pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal (CAE) e no seu encaminhamento, com pedido de urgência, para o Plenário daquela Casa.

24. Note-se que o alcance do desejado efeito sobre “a valorização do trabalhador do transporte rodoviário de cargas, assegurando-lhe existência digna” exigiria a realização de uma análise do impacto regulatório da medida, mostrando-se os efeitos esperados sobre setores que se comunicam, em particular a montante e a jusante, com o transporte rodoviário de cargas. Além de não realizada antes da emissão da medida provisória, a análise impacto regulatória tampouco estava prevista *a posteriori*, pelo regulador setorial (Ministério do Trabalho), ou por órgão estatístico, ou de pesquisa econômica (como o IBGE, ou o Ipea).

25. Sem essa análise, o efeito da medida Medida Provisória nº 832, de 2018, pode ser o oposto do anunciado: a elevação da renda no setor de transporte rodoviário de cargas viria em detrimento dos empregos nos setores produtores, ou reduziria o chamado excedente do consumidor. O excedente do consumidor, de forma simplista, representa a diferença entre o valor que o consumidor estaria disposto a pagar pelo produto (utilidade) e o valor cobrado. Como o efeito esperado da elevação do valor do frete é o repasse de parte significativa desse aumento para o consumidor final – em particular pelos mercados menos competitivos e pelos mercados nos quais a elasticidade do consumidor ao preço é baixa (dada a fidelidade, ou à essencialidade do produto, o consumidor não responde, ou responde menos a elevações de preço) -, o valor repassado determinará quantos consumidores serão excluídos desse mercado relevante (porque, dada a restrição orçamentária, ou a curva de utilidade, deixará de consumir esse produto, ou serviço); quantos, apesar de se manterem no mercado, reduzirão a quantidade consumida; e quanto preservarão a quantidade consumida desse mesmo produto, em detrimento do consumo de outro uso. Em todos os casos a perda de bem-estar para o consumidor pode ser significativa.

C. Do Parecer nº 06298/2017/DF COGTR/SEAE/MF

26. Em 10 de julho de 2017, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) do Ministério da Fazenda, que veio a ser sucedida por esta Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac), emitiu parecer analítico sobre o Projeto de Lei nº 528, de 2015, que pretende criar uma política de preços mínimos para o transporte rodoviário de cargas. Conforme sumarizado pelo parecer:

“O PL em epígrafe é de autoria do Deputado Assis do Couto e pretende estabelecer uma política de preços mínimos para o transporte rodoviário de cargas. De acordo com as justificativas que acompanham tal proposta, o objetivo é promover condições razoáveis à realização de fretes no transporte rodoviário de cargas em todo território nacional, de modo condizente ao serviço prestado pelos profissionais de transportes. E acrescenta que a motivação de tal propositura se deve às paralizações ocorridas em todo Brasil que resultaram em compromissos assumidos pelo governo federal, entre eles a da ‘elaboração de tabela referencial de fretes pelas entidades representativas dos caminhoneiros e das transportadoras com os embarcadores, tendo a mediação do Ministério dos Transportes’.

Todavia, a proposta em análise vai além e pretende estabelecer não apenas uma tabela que sirva de referência para o preço dos fretes, mas sim uma política vinculativa de preços mínimos. Nesse sentido, conforme o art. 5º, §2º do PL, a sua não observação sujeitará o infrator a penalidades a serem definidas em regulamento. De acordo com o art. 6º do PL em tela, os sindicatos das empresas de transportes e de transportadores autônomos, bem como representantes das cooperativas, devem participar do processo de definição dos preços mínimos a serem elaborados pela Agência Nacional de Transportes Terrestre (ANTT).

Em seu art. 7º, o PL define que os preços mínimos serão fixados considerando, prioritariamente, a oscilação e a importância do valor do óleo diesel e dos pedágios na composição dos custos do frete. Já o art. 8º define que os preços mínimos iniciais terão aplicação imediata até que o Ministério dos Transportes edite norma disposta sobre a plataforma de preços formulada pela ANTT.

O art. 9º do PL ora analisado dispõe que, do total de recursos financeiros aplicados pelo governo federal no pagamento de transporte rodoviário de cargas, no mínimo 40% deverão ser utilizados na contratação de fretes realizados por cooperativas de transportes rodoviário de carga.

E, por fim, no art. 10 é proposta a inserção de um novo artigo na Lei nº 11.442, de 05 de janeiro de 2007, nos seguintes termos:

‘Art. 5º-B A remuneração da ETC, quando o frete for realizado por TAC, não poderá ser superior a 5% (cinco por cento) da importância por ele pactuada com o embarcador ou o proprietário da carga, excluídos os tributos devidos no caso, em caso de TAC-agregado, e de 7% (sete por cento) em caso de TAC-independente (NR).’

Cumprido lembrar que ao PL nº 528/2015 está apensado o PL nº 1.316, de 2015, o qual prevê a possibilidade excepcional de fixação do valor dos fretes praticados no transporte rodoviário de carga por até 120 dias para, conforme as suas justificativas, garantir maior estabilidade e previsibilidade em operações de transporte, sem, no entanto, desnaturar o espírito da livre concorrência.”

27. O parecer, que foi utilizado pelo Cade como subsídio para a sua decisão na Consulta nº 08700.001540/2018-62, convertendo a Consulta em Processo Administrativo, assim se posicionava:

“Pelo mérito do presente PL, com a definição de parâmetros de referência para cálculo do custo do frete rodoviário, o mecanismo de equilíbrio de preços pela interação entre ofertantes e demandantes em um ambiente de livre mercado seria afastado, sendo o preço determinado a partir da tabela de preços referenciais editada pelo setor público.

Nesse sentido, o escopo de competição entre os ofertantes seria reduzido, afetando-se o processo de barganha e a potencial concessão de descontos, que adviria da gestão do agente econômico sobre os custos de sua atividade, por meio de ações como: barganha junto a fornecedores, política de compras, seleção de fornecedores e produtos substitutos. No presente caso, essa intervenção corresponderia à limitação da capacidade de os ofertantes competirem entre si, na medida em que limita sua capacidade para fixar preços.

A literatura econômica considera que a adoção de políticas públicas de regulação econômica dos mercados seria uma solução subótima, aplicável quando há presença de falhas de mercado que dificultam a maximização do bem-estar que adviria do equilíbrio de mercado. Assim, a princípio, a adoção de preços mínimos de frete rodoviário corresponderia a uma ineficiência da alocação de recursos econômicos no mercado de transporte rodoviário de cargas.

Em razão de o preço mínimo ser superior ao preço de equilíbrio de mercado, haveria um excedente de oferta de produtos. Dependendo da quantidade de produtos substitutos (elasticidade da demanda), o custo desse excedente de oferta seria absorvido pelos produtores (retirados do mercado) ou repassado aos consumidores.

Quanto à demanda do serviço de transporte rodoviário de cargas, essa seria caracterizada pela ausência de substitutos diretos, sendo que o modal ferroviário, além de restrições técnicas de traçado e malha, tomaria o modal rodoviário como referencial para sua política de preços, não podendo, portanto, ser considerado um competidor efetivo. Nesse sentido, haveria certa rigidez na estrutura de custos das diversas atividades produtivas no que se refere à substituição do insumo transporte rodoviário, de forma que eventuais reduções na demanda seriam correlacionadas com reduções no nível dessas atividades produtivas. Assim, a elevação do frete mínimo seria absorvida pelos consumidores.

Na medida em que esse preço mínimo afasta o mecanismo de regulação de oferta e demanda do mercado, segundo a sinalização do preço de equilíbrio, haveria um incentivo sobre a oferta de transporte de carga, bem como aumento dos custos das demais atividades produtivas. Na ausência do sistema de preços, haveria uma alteração nos retornos sobre o capital investido tanto no setor de transportes de cargas quanto nas demais atividades produtivas, privilegiando o primeiro em detrimento dos últimos.

A experiência de políticas públicas de fixação de preços mínimos tem sido observada no mercado de produtos agrícolas, usualmente. Nesses casos, apresenta-se como justificativa para sua adoção a instabilidade da safra, em razão de condições climáticas, cuja volatilidade poderia comprometer a oferta futura de produtos agrícolas, em razão de queda dos investimentos dos ofertantes. No caso das políticas de preço mínimo no setor agrícola, esse excedente seria absorvido pelo setor público, que constituiria estoques de abastecimento, por exemplo.

No caso do setor de transporte rodoviário, entretanto, o setor é caracterizado por reduzidas barreiras à entrada, o que indicaria que o nível de preços praticado, ao contrário do exemplo conjuntural no setor agrícola, seria decorrente de uma situação estrutural da oferta. Nesse sentido, dado o incentivo distorcido ao investimento de capital decorrente do preço mínimo, haveria um incentivo a entrada de novos agentes, ampliando o excedente de oferta estrutural.

O modal rodoviário, como mostrado na figura 3, é predominante na matriz de transportes brasileira e, caso seja estabelecida uma política de preços mínimos espera-se tanto a redução da competitividade e da produtividade da economia brasileira – em razão do acréscimo dos custos logísticos, com possíveis impactos negativos sobre o Produto Interno Bruto (PIB) e a balança comercial –, como elevação do custo de vida, resultando em elevação da inflação.

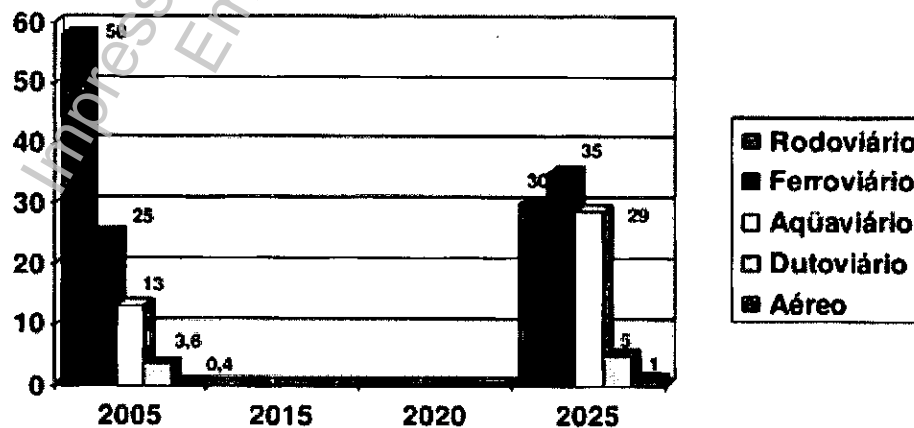


Figura 3: Matriz de Transportes Brasileira.

Fonte: Plano Nacional de Logística e Transportes do Ministério dos Transportes (PNLT)

Em geral, políticas de fixação de preços mínimos têm sido complementadas por mecanismos de restrição a oferta, como barreiras à entrada de novos ofertantes. A adoção dessas políticas, assim, pode representar estímulos a intervenções adicionais

do setor público, no sentido de se incrementar a restrição a oferta de serviço de transporte rodoviário, aumentando a ineficiência alocativa nesse mercado.

Decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em processos administrativos sobre tabelamento de preços estão em consonância com os argumentos do presente parecer. Cite-se um caso relativamente recente referente a tabelamento de preços no setor de frete em que há a condenação do Sindicato dos Transportadores de Combustíveis e Derivados de Petróleo do Estado de Minas Gerais (Sindtanque-MG) por infração à ordem econômica, 'consistente nas práticas de influenciar a adoção de conduta comercial uniforme entre concorrentes mediante imposição de tabelas de preços para os serviços de transporte rodoviário de combustíveis prestado por terceiros remunerados (serviço de frete) e de criar dificuldades ao funcionamento das distribuidoras de combustível' (PA 08012.007002/2009-49). O Sindtanque-MG impôs sanções às distribuidoras que não aceitaram os termos propostos pelo sindicato.

A jurisprudência do Cade é abundante no sentido de condenar o uso de tabelas de preços como ilegal, como pode ser conferido no voto-vista no processo administrativo 08012.006923/2002-18[14], em que o conselheiro Marcos Paulo Veríssimo reuniu exaustiva lista de casos julgados pelo Conselho que apontam nessa direção, conforme o citado processo do Sindtanque.

Outro caso recente é o trâmite de novo Procedimento Preparatório em razão da reiteração de condutas do Sindtanque-MG (PA 08700.000211/2015-51), que constitui forte indicativo do caráter anticompetitivo da fixação de piso para frete rodoviário. Soma-se a isso o arquivamento anterior, por inconstitucionalidade, de PL com objeto muito semelhante (PL 5000/2013[15]) ao PL em análise neste parecer.

Portanto, em virtude da proposta em análise impactar negativamente a concorrência, na medida em que diminui o incentivo à competição entre os ofertantes, esta Secretaria recomenda que o PL não prospere."

28. A nota então conclui que o Projeto de Lei nº 528, de 2015, tem o condão de restringir significativamente as condições de competição no setor de transporte rodoviário de cargas, "pois, de um modo geral, a fixação de preços mínimos de frete rodoviário corresponderia a uma ineficiência da alocação de recursos econômicos no mercado de transporte rodoviário de cargas".

D. Do efeito cascata do tabelamento e da dupla marginalização

29. A Medida Provisória nº 832, de 2018, instituiu a política de preços mínimos do transporte rodoviário de cargas. Um dos primeiros efeitos da medida foi provocar o descontentamento dos produtores agrícolas, que não teriam condições de arcar com preço do frete – o qual, segundo estimativas, aumentaria cerca de 150%. A elevação dos preços possivelmente reduziria a demanda do consumidor final pelos produtos *in natura* e possivelmente não conseguiria ser repassado à indústria pelo pequeno produtor que não negociasse coletivamente e, assim, não usufruísse de poder compensatório. Com a compressão da sua margem provocada pela elevação artificial dos preços do frete (*margin squeeze*), o agronegócio seria profundamente afetado pela medida.

30. Com o objetivo de sustentar-se no mercado, o agronegócio, da mesma forma que o setor de transporte rodoviário, passaria a movimentar-se nos bastidores e a promover lobbies pelo tabelamento de margens mínimas. Na verdade, essa movimentação já estaria acontecendo na prática, como exemplifica a aprovação do Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 215/2015 – que estabelece a inclusão do leite na pauta de produtos amparados pela Política de Garantia de Preços Mínimos (PGPM) -- pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal (CAE), em 5 de junho de 2018, e no seu encaminhamento, com pedido de urgência, para o Plenário daquela Casa.

31. O tabelamento tem por efeito habitual espelhar o comportamento de um mercado monopolista: o setor só será efetivamente beneficiado pela tabela se conseguir impor o preço que lhe

seja mais favorável. O agente econômico eficiente é o maior prejudicado com o tabelamento: o valor tabelado é uma demanda do menos eficiente e tende a espelhar os seus custos, garantindo a sustentação no mercado do rentista. Se o tabelamento do frete rodoviário visa impor preços de monopolista, o tabelamento exigido pelo agronegócio viria, igualmente, a garantir margens de monopolista. Como a elasticidade-preço do consumidor a produtos agrícolas *in natura* é baixa, a elevação dos custos dos produtos agrícolas e do frete seria, portanto, arcada integralmente pelos setores a jusante da cadeia produtiva e, em particular, pelo consumidor final. Em se tratando de gêneros alimentícios, a medida penalizaria mais fortemente as famílias de renda mais baixa da população.

32. A imposição de preços de monopólio em mais de uma etapa da cadeia produtiva chama-se dupla marginalização. Ela decorre do poder de mercado de ambas as etapas do processo produtivo, que podem impor preços. No exemplo dado, a dupla marginalização teria sido viabilizada por um poder de mercado criado artificialmente pelo Estado, em detrimento do bem-estar do consumidor.

CONCLUSÕES

33. A Medida Provisória nº 832, de 2018, foi emitida em meio a uma crise de abastecimento sem precedentes, sob alegações de possível locaute e cartelização -- ainda sob investigação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Em que pese ao cenário econômico e social subjacente e apesar de a implementação de políticas públicas que vão de encontro à livre concorrência não serem ilegais *per se*, esta Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência entende ser necessário que o afastamento da concorrência seja feito na menor amplitude possível e pelo menor lapso de tempo possível.

34. Antes, para assegurar que se a norma está, efetivamente, colocando em prática um interesse público, e não protegendo interesses privados de setores rentistas interessados em se esquivar da livre competição, é necessário que o Poder Público supervisione ativamente e sazonalmente aquele programa, ou aquela política pública, para verificar se os objetivos propostos estão sendo alcançados. Idealmente, a análise de impacto regulatório deve ocorrer prévia, e posteriormente à entrada em vigor da medida. Sem essa supervisão ativa, o tabelamento seria tão somente “um acordo privado de fixação de preços”, ou um cartel institucionalizado pelo Estado.

35. Por todo o exposto nesta nota, é possível concluir que a Medida Provisória nº 832, de 2018, ao reintroduzir o tabelamento em setor aberto à livre concorrência sem a devida análise do impacto que a medida terá sobre os demais mercados e, em última análise, sobre o consumidor, não conseguirá assegurar, conforme propôs, “a existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

À consideração superior.

Documento assinado eletronicamente

ROBERTO DOMINGOS TAUFICK

Assessor do Secretário de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência

De acordo.

Documento assinado eletronicamente

ANGELO JOSÉ MONT'ALVERNE DUARTE

Subsecretário de Promoção da Produtividade, Concorrência e Inovação

Documento assinado eletronicamente
JOÃO MANOEL PINHO DE MELLO

Secretário de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência

[1] O SBDC é composto pelas sucessoras da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão vinculado ao Ministério da Justiça.

[2] A ordem econômica na Constituição de 1988. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 210.

[3] Op. cit., p. 191.

[4] Op. cit., p. 193.

[5] Op. cit., pp. 195/196.

[6] Na p. 196, complementa que “[a] análise da livre iniciativa encontra necessária complementação na ponderação do princípio da livre concorrência. daí por que tratarei paralelamente de ambos.”

[7] Op. cit., p. 201.

[8] Direito Tributário. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 442.

[9] Citam-se, aqui, algumas das primeiras, entre as quais destacam-se: Processo Administrativo nº 08012.007443/99-17, Processo Administrativo nº 08012.006207/98-48, Processo Administrativo nº 53500.000359/1999, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.155/97-97, Ato de Concentração nº 08012.003267/2007-14.

[10] Regulação da atividade econômica. São Paulo: Malheiros, 2001.

[11] Imunidade Parker v Brown: releitura das doutrinas state action e pervasive power no ordenamento jurídico brasileiro. *In* Revista da PGBC – v. 3 – n. 2 – dez. 2009. PP. 75-104. Publicado também em Revista ANTT, vol. 2, nº 2, novembro de 2010.

[12] Op. cit.. P. 210.

[13] Op. cit.. P. 442.

[14] Processo Administrativo. Tabelamento de preços. Pareceres da SOE, ProCADE e MPF pela condenação. Mercados municipais de serviços prestados por agências de viagem. Poder de mercado configurado. Objeto e potencialidade de produção de efeitos anticoncorrenciais configurados. Condenação. Multa.

[15] PL nº 5.000/2013 - Institui a Política Nacional de Transporte Rodoviário de Combustíveis, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565300>.



Documento assinado eletronicamente por **Roberto Domingos Taufick, Assessor(a)**, em 15/06/2018, às 13:31, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **João Manoel Pinho de Mello, Secretário(a) de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência**, em 15/06/2018, às 13:45, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **Angelo José Mont'Alverne Duarte, Subsecretário(a) de Promoção da Produtividade, Concorrência e Inovação**, em 15/06/2018, às 13:46, 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.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0775532** e o código CRC **133CB769**.

Referência: Processo nº 18101.100554/2018-71.

SEI nº 0775532

Impresso por: 004.182.951-40 ALI/5956
Em: 15/06/2018 - 15:53:49