

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

MARIA CAROLINA REZENDE VERA

**PERSPECTIVAS DA REGULAÇÃO ECONÔMICA DO TRANSPORTE
RODOVIÁRIO DE CARGAS: ENTRE O LIVRE MERCADO E A FIXAÇÃO
DE PREÇOS MÍNIMOS DE FRETE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Banca Examinadora da
Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Fernando Barbelli
Feitosa

Brasília
2019

**PERSPECTIVAS DA REGULAÇÃO ECONÔMICA DO TRANSPORTE
RODOVIÁRIO DE CARGAS: ENTRE O LIVRE MERCADO E A FIXAÇÃO
DE PREÇOS MÍNIMOS DE FRETE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Banca Examinadora da
Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Aprovado em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Fernando Barbelli Feitosa (Orientador)

Prof. Dr. Márcio Iório Aranha

Prof. Me. Tito Lívio Pereira Queiroz e Silva

Prof. Dr. Marcelo Pereira Queiroz

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e amigos queridos, pelo apoio e pela paciência. Esta monografia é a prova de que todo o investimento e dedicação valeram a pena.

Ao Prof. Me. Fernando Barbelli Feitosa, pela orientação, apoio e confiança, os meus mais sinceros agradecimentos.

Aos Membros da Banca Examinadora.

A todos os professores da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

À Universidade de Brasília, uma instituição pública caracterizada pela excelência.

RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso é o resultado de uma inquietação quanto à restrição da liberdade do estabelecimento de preços de fretes no mercado brasileiro de transporte rodoviário de cargas, materializada por meio da Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas. O estudo inicia-se com uma apresentação de conceitos-chave e análises sobre a evolução normativa do transporte rodoviário de cargas e sobre as principais características do mercado nesse setor. Neste trajeto, foram expostas duas modalidades de regulação econômica estatal: a intervenção do Estado por meio da fixação de preços e a regulação econômica concorrencial. Enquanto a primeira caracteriza-se pelo viés intervencionista e se relaciona com a prestação de serviços públicos e o desenvolvimento de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado; a segunda viabiliza a atuação estatal por meio da defesa da concorrência, utilizando-se do conceito de livre concorrência ora como princípio, ora como norma. Foram analisados os pressupostos e os limites constitucionais para a aplicação da regulação econômica estatal intervencionista e constatou-se que, o mercado de transporte rodoviário de cargas não apresenta imperfeições justificadoras da política de preços mínimos de fretes. Verificou-se que a regulação econômica estatal, via intervenção direta, no setor em questão, não encontra respaldo na teoria regulatória econômica estudada, uma vez que (i) não foram configuradas falhas de mercado autorizadas da intervenção, (ii) os resultados obtidos com a intervenção não se coadunam com os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da proteção do trabalho humano, e (iii) a regulação econômica concorrencial está apta a promover o controle de condutas e estruturas no mercado estudado.

Palavras-chave: Regulação do transporte rodoviário; Transporte; Frete; Concorrência.

ABSTRACT

This work is the result of a concern about the restriction of the freedom of the establishment of freight prices in the Brazilian road freight transport market, materialized through the National Policy of Minimum Floors of Road Freight Transport. The study begins with a presentation of key concepts and analyzes on the normative evolution of road freight transport and on the main characteristics of the market in this sector. In this way, two modalities of state economic regulation were exposed: the intervention of the State through the setting of prices and the competitive economic regulation. While the former is characterized by interventionist bias and is related to the provision of public services and the development of economic activity in a strict sense by the State; the second enables state action through the defense of competition, using the concept of free competition, either as a principle or as a norm. The assumptions and constitutional limits for the application of the interventionist state economic regulation were analyzed and it was verified that, the road freight transportation market does not present imperfections justifying the policy of minimum freight prices. It was verified that the state economic regulation, through direct intervention, in the sector in question, does not find support in the economic regulatory theory studied, since (i) there were no market failures authorizing the intervention, (ii) the results obtained with the intervention does not comply with the principles of free enterprise, free competition and protection of human labor, and (iii) competitive economic regulation is capable of promoting the control of conduits and structures in the market studied..

Keywords: Regulation of road transport; Transport; Freight; Competition.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Valores de frete mínimo (em R\$/eixo) em função da distância.....75

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABCAM – Associação Brasileira de Caminhoneiros
ACC – Acordo em Controle de Concentrações
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AIR – Análise de Impacto Regulatório
ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres
APAC – Procedimento Administrativo de Apuração de Ato de Concentração
ART – Artigo
ATR Brasil – Associação do Transporte Rodoviário de Carga do Brasil
BBC – *British Broadcasting Corporation*
BNDES – Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social
BNDES PSI – Programa do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social de Sustentação do Investimento
CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC/2002 – Código Civil de 2002
CF – Constituição Federal
CNH – Carteira Nacional de Habilitação
CNT – Confederação Nacional do Transporte
Cofins – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
CONAB – Companhia Nacional de Abastecimento
CTC – Cooperativa de Transporte Rodoviário de Cargas
DEE – Departamento de Estudos Econômicos
DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
EHM – *Efficient Market Hypothesis*
Esalq-LOG – Grupo de Pesquisa e Extensão em Logística Agroindustrial
ETC – Empresa de Transporte Rodoviário de Cargas
Fecombustíveis – Federação Nacional do Comércio de Combustíveis e de Lubrificantes Ltda. – Limitada
MP – Medida Provisória
PIS – Programa de Integração Social
PNPM-TRC – Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas
PPCS – Processo de Participação e Controle Social
PROCADE – Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE
RNTRC – Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Cargas

S.A. – Sociedade Anônima

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SDE – Secretaria de Desenvolvimento Econômico

SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico

Sindtanque-MG – Sindicato das Empresas de Transporte de Combustível e Derivados de
Petróleo do Estado de Minas Gerais

SG – Superintendência-Geral

STF – Supremo Tribunal Federal

SUREG – Superintendência de Marcos Regulatórios

TAC – Transportador Autônomo de Carga

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| 1. INTRODUÇÃO..... | 11 |
| 2. DA REGULAÇÃO E EVOLUÇÃO DO TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGA NO BRASIL..... | 15 |
| 2.1. CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO REGULADOR..... | 15 |
| 2.2. ESTADO COMO AGENTE NORMATIVO E REGULADOR DA ATIVIDADE ECONÔMICA E O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS..... | 20 |
| 2.3. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT)..... | 27 |
| 2.4. O TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS NO BRASIL..... | 30 |
| 2.4.1. A evolução normativa do Transporte Rodoviário de Cargas..... | 32 |
| 2.4.2. O mercado de Transporte Rodoviário de Cargas..... | 34 |
| 3. DA ATIVIDADE ECONÔMICA: ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO E SERVIÇO PÚBLICO..... | 39 |
| 3.1. DEFINIÇÕES..... | 39 |
| 3.2. PRIMEIRA MODALIDADE DE PARTICIPAÇÃO DO ESTADO: PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO..... | 43 |
| 3.3. SEGUNDA MODALIDADE DE PARTICIPAÇÃO DO ESTADO: EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO..... | 48 |
| 3.4. REGULAÇÃO ECONÔMICA: O CONTROLE DE PREÇOS PELO ESTADO 53 | |
| 3.4.1. Da disposição no texto constitucional sobre a Regulação e a Normatização..... | 56 |
| 3.4.1.1. Da Fiscalização..... | 57 |
| 3.4.1.2. Do Incentivo..... | 57 |
| 3.4.1.3. Do Planejamento..... | 58 |
| 3.4.2. Artigo 174 da CF/1998: Síntese Inicial..... | 59 |
| 3.5. ATRIBUIÇÕES DO ESTADO REGULADOR NO ÂMBITO DOS MERCADOS.... | 59 |
| 3.6. A EXISTÊNCIA DE FALHAS DE MERCADO COMO PRESSUPOSTO PARA A REGULAÇÃO ECONÔMICA..... | 64 |
| 3.6.1. Primeira Falha de Mercado: Ausência de mobilidade dos fatores..... | 64 |
| 3.6.2. Segunda Falha de Mercado: Dificuldade de acesso às informações..... | 65 |
| 3.6.3. Terceira Falha de Mercado: Concentração econômica..... | 68 |
| 3.6.4. Quarta Falha de Mercado: Externalidades..... | 73 |
| 3.6.5. Quinta Falha de Mercado: Suprimento dos bens coletivos..... | 74 |
| 3.7. OS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA DA ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988..... | 75 |
| 4. DA REGULAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO..... | 83 |
| 4.1. OS PRINCÍPIOS DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO E DA LIVRE INICIATIVA EM FACE DO ASPECTO SOCIAL DA LIBERDADE..... | 83 |
| 4.2. DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO ECONÔMICA..... | 88 |
| 4.2.1. Da origem..... | 88 |
| 4.2.2. Do desenvolvimento..... | 94 |
| 4.2.3. Da natureza..... | 99 |
| 4.3. DISTINÇÕES NO ESPECTRO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA..... | 103 |
| 4.3.1. Das atividades estatais em relação ao mercado..... | 104 |
| 4.3.2. Dos diferentes graus no espectro da Regulação Econômica..... | 107 |
| 4.4. SOBRE O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA..... | 114 |
| 4.5. DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO BRASILEIRO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS..... | 118 |
| 5. DA ANÁLISE DE CASO: A POLÍTICA NACIONAL DE PISOS MÍNIMOS DO TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS (PNPM-TRC)..... | 125 |

| | |
|--|-----|
| 5.1. DOS FATOS: DA GREVE DOS CAMINHONEIROS À EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 832, DE 27 DE MAIO DE 2018..... | 125 |
| 5.1.1. Precedentes da Greve dos Caminhoneiros..... | 125 |
| 5.1.2. A paralisação dos caminhoneiros: de 21 de maio a 01 de junho de 2018 | 127 |
| 5.2. DAAÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5956/DF..... | 131 |
| 5.3. APRECIÇÃO DO DEBATE..... | 135 |
| 5.3.1. Os princípios norteadores e o papel da Agência Nacional dos Transportes Terrestres..... | 135 |
| 5.3.2. As características do Mercado brasileiro de Transporte Rodoviário de Cargas e a dificuldade em estabelecer o preço do frete rodoviário..... | 137 |
| 5.3.3. No espectro da Regulação Econômica: ajustando o “termostato” | 139 |
| 5.3.4. Entendimento prévio do Supremo Tribunal Federal: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 632.644/DF..... | 142 |
| 5.3.5. Experiências Anteriores no Mercado brasileiro de Transporte Rodoviário de Cargas..... | 144 |
| 5.4. CONTORNOS PARA UMA CONCLUSÃO..... | 145 |
| 6. CONCLUSÕES..... | 148 |
| REFERÊNCIAS..... | 151 |

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tratará da regulação econômica promovida pelo Estado, por meio da Agência Reguladora de Transportes, referente ao estabelecimento dos Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas, pelo qual propõe a criação de uma tabela com os preços mínimos de fretes referentes ao quilômetro rodado na realização do serviço de transporte rodoviário de cargas, por eixo carregado, para diferentes tipos de cargas. Cabe ressaltar, de início, que a Agência Reguladora agiu por determinação legal, e não por opção regulatória.

A relevância da regulação do transporte rodoviário para o Brasil é inegável. Caminhões nas rodovias promovem o transporte de 60% (sessenta por cento) da produção consumida no país, segundo a Confederação Nacional do Transporte (CNT) e a Agência Nacional dos Transportes Terrestres (ANTT).¹ A dependência extrema deste modo ficou ainda mais evidente com a paralisação dos caminhoneiros que ocorreu em maio de 2018. Portanto, é essencial que o modo tenha regras claras, que viabilizem o deslocamento dessas preciosas cargas.

Vale lembrar que, no dia 21 do referido mês, representantes da categoria orquestraram manifestação contra os reiterados reajustes dos preços dos combustíveis, em especial o óleo diesel, realizados pela Petrobras. A mobilização também almejava o fim da cobrança de pedágio por eixo suspenso, fim da cobrança de PIS e Cofins sobre o óleo diesel, dentre outros. A paralisação e o conseqüente bloqueio de rodovias causaram indisponibilidade de alimentos e remédios pelo Brasil, além de escassez e alta de preços da gasolina. Segundo levantamento da Federação Nacional do Comércio de Combustíveis e de Lubrificantes (Fecombustíveis), 90% (noventa por cento) ou mais dos postos de combustíveis foram atingidos pelo desabastecimento. A situação calamitosa perdurou até o dia 01 de junho de 2018.²

Em decorrência deste movimento, como fruto de um acordo entre o Governo Federal e a categoria, no dia 27 de maio de 2018, em edição extra do Diário Oficial da

1 QUEIROLO, Gustavo. Empresas têm 60% do transporte rodoviário. Folha de São Paulo. São Paulo, 27 maio 2018. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:dde4SWLgVOEJ:https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/empresas-tem-60-do-transporte-rodoviario.shtml+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 31 mar. 2019.

2 Greve dos caminhoneiros: a cronologia dos 10 dias que pararam o Brasil. BBC News. [S.l.], 30 maio 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44302137>>. Acesso em 31 mar. 2019.

União, foi publicada a Medida Provisória nº 832 que conferiu à ANTT a responsabilidade de elaborar uma tabela com os preços mínimos referentes ao quilômetro rodado na realização de fretes, por eixo carregado, consideradas as especificidades de cada carga.³ Apesar da tentativa de acordo através do referido ato normativo e da edição de outras duas medidas provisórias, uma que determina que pelo menos 30% (trinta por cento) das contratações de frete feitas pela Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB) sejam de caminhoneiros autônomos e por intermédio de cooperativas e outra que isenta os caminhões trafegando vazios em rodovias concessionadas de pagar pedágio sob eixo suspenso, não houve consenso com os líderes sindicais, arrastando a greve até o início do mês de junho.

Em 07 de junho de 2018, 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 832/2018, posteriormente convertida na Lei nº 13.703, de 08 de agosto de 2018. Segundo a associação, referido texto normativo fere “a economia de mercado como um todo” e contraria os arts. 1º, IV, § único; 3º, I; 5º, II, 170, IV, § 4º; 174 e 178 da Constituição Federal.⁴

Nesse imbróglio, situam-se dois posicionamentos divergentes quanto à política nacional de pisos mínimos do transporte rodoviário de cargas: os defensores da MP nº 832/2018 convertida em Lei nº 13.703/2018 os quais acreditam que o estabelecimento de preço mínimo para o frete tem como finalidade garantir um valor adequado para a prestação do serviço, em consonância com os custos próprios do transporte rodoviário de cargas; e os críticos que afirmam que a fixação de preço gera distorções no mercado, mitigando a liberdade contratual, incrementando o custo na cadeia de formação de preço e promovendo a cartelização.

Esta monografia pretende jogar uma luz sobre a regulação econômica estatal, qualificada pela intervenção direta, ditada pela Política Nacional de Pisos Mínimos do

3 BRASIL. Medida provisória nº 832, de 27 de maio de 2018. Institui a Política de Preços Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 maio 2018. Seção 1, p. 1. Edição Extra. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2018/medidaprovisoria-832-27-maio-2018-786757-publicacaooriginal-155678-pe.html>>. Acesso em 31 mar. 2019.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5956. Número único 0072623-46.2018.1.00.0000. Requerente: Associação do Transporte Rodoviário de Carga do Brasil. Data de protocolo: 07/06/2018. Petição Inicial (37106/2018), p. 6, 15-17. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5481962>>. Acesso em 31 mar. 2019.

Transporte Rodoviário de Cargas, questionando se tal modalidade encontra respaldo na teoria regulatória econômica que fora estudada. A intervenção do Estado no domínio econômico deve estar amparada em indispensáveis cautelas, limitando-a à correção do mau funcionamento operacional do mercado, ou seja, à eliminação das suas imperfeições (NUSDEO, 2001, p. 164 e 165). Para tanto, o raciocínio conduzido basear-se-á em dois eixos centrais: análise da trajetória normativa e do mercado de transporte rodoviário de cargas e o exame do conceito, dos requisitos e dos limites para a intervenção do Estado na atividade econômica em sentido estrito.

O trabalho será desenvolvido ao longo de quatro capítulos, de modo a demonstrar as bases teóricas da pesquisa e, ao final, uma análise do caso concreto. O primeiro capítulo apresentará conceitos-chave para o desenvolvimento da pesquisa, como Estado Regulador e regulação; caracterização das agências reguladoras, em especial a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), quanto à independência e à função na regulação econômica. Em seguida, será definido e qualificado o conceito de transporte rodoviário de cargas, sendo estudado o conjunto de normas que disciplina a área a fim de identificar uma tendência de liberdade quanto à determinação dos preços. Por fim, será descrito o mercado em que esse setor se situa, indicando os agentes econômicos existentes e a configuração que cada um deles pode exercer.

O segundo capítulo visa demonstrar a excepcionalidade da regulação econômica, na medida em que existem balizas constitucionais, como os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, para sua implementação a fim de preservar a liberdade de empresa. Serão realizados apontamentos sobre a existência de falhas de mercado como condição necessária para a intervenção na atividade econômica.

O capítulo seguinte descreverá a espécie de regulação cabível na atividade econômica *stricto sensu*, qual seja, a regulação específica voltada à defesa da livre concorrência. Dado que o mercado não garante, impreterivelmente, a liberdade de escolha de bens e serviços pelos consumidores, o Estado deve intervir garantindo a concorrência, como valor institucional (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 44). Nesse sentido, serão pormenorizados os mecanismos institucionais brasileiros responsáveis por tal atividade, conferindo atenção especial ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

O segundo e o terceiro capítulos têm o objetivo de evidenciar a existência de duas espécies do gênero atividade econômica: serviço público e atividade econômica *stricto sensu*. A regulação sobre preço, quantidade, qualidade ou dividendos, ou seja, a regulação econômica, incide sobre a primeira espécie. Contudo, a segunda espécie de atividade econômica está sujeita à regulação técnica e à regulação caracterizada pela defesa da concorrência.

No quarto e último capítulo é apresentado o caso concreto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.956, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, com o fito de refletir sobre o cabimento da Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas à luz das compreensões apresentadas no decorrer desta monografia.

Ao final, serão apresentadas as conclusões decorrentes do trabalho de pesquisa.

2. DA REGULAÇÃO E EVOLUÇÃO DO TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGA NO BRASIL

2.1. CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO REGULADOR

Essencial para o presente estudo realizar uma breve digressão histórica acerca dos modelos paradigmáticos do Estado moderno para que se possa compreender o surgimento e a ascensão do atual Estado Regulador. Serão abordados os conceitos e características dos paradigmas do Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito.

O Estado moderno, em contraposição às modalidades incipientes de administração, constituiu-se a partir da centralização do poder e das convicções pregadas pelas revoluções liberais desenroladas nos séculos XVIII e XIX. Por meio da Revolução Francesa e da independência norte-americana, baluartes do movimento liberal daqueles séculos, a perspectiva dos papéis executados pelos indivíduos e pelo Estado se alterou. Se antes esse ente era considerado o centro de poder, do qual emanavam todas as ordens de cunho político, agora o indivíduo, titular de todos os direitos, passa a ser o núcleo de poder e o Estado é visto como o responsável pela harmonização do exercício dos direitos individuais (FURTADO, 2013, p. 29-31).

O surgimento de um ordenamento jurídico capaz de definir as competências para que cada unidade estatal exerça uma atividade distinta e de um sistema de mecanismos o qual permite os indivíduos reivindicarem o cumprimento desse mesmo ordenamento jurídico permitiram a ascensão do Estado de Direito (FURTADO, 2013, p. 31).

O primeiro paradigma do Estado, denominado liberal, mínimo ou abstencionista, caracteriza-se pelo estrito cumprimento do princípio da legalidade e pela mínima interferência estatal no mercado o qual se pensava ser conduzido por leis quase-naturais. Nesta visão, o mercado configura-se como ferramenta capaz de realizar a distribuição de bens, de acordo com a atuação racional dos agentes os quais procuram satisfazer seus interesses egoísticos (LOPES, 2018, p. 16).

O direito neste modelo paradigmático é um espaço em que sujeitos jurídicos dotados de igualdade formal, ou seja, perante a lei, se movimentam. Como as normas jurídicas têm o objetivo de facilitar as relações de mercado, são caracterizadas pela abstração e generalidade (GRAU, 2005, p. 124).

A ideia de mercado adotada pelo Estado Liberal é influenciada pela perspectiva jusnaturalista, em que, apesar da inexistência de uma entidade coordenadora, a “mão invisível” do mercado seria capaz de promover uma regulação natural, garantindo sua perpetuação. Esse modelo paradigmático, portanto, qualifica-se pela possibilidade de regulação de forma passiva e pela liberdade comercial. Adam Smith, grande representante desse movimento, utiliza a economia como uma ferramenta capaz de explicar as interações sociais e a sociedade por meio “da universalidade do desejo de ganho dos homens” (GANEM, 2012, p. 147).

O *homo oeconomicus* era a figura central no espaço destinado à satisfação de desejos e à livre troca de mercadorias. Como sua performance baseava-se na racionalidade e o mercado possuía uma capacidade de autorregulação intrínseca, ao Estado cabia um intervencionismo negativo, baseado no respeito à liberdade e à autonomia dos indivíduos (LOPES, 2018, p. 19-20).

Contudo, essa visão e esse modo de atuação na economia são incapazes de conter as imperfeições do liberalismo, abrindo espaço para o surgimento do segundo modelo paradigmático: o Estado Social (ou intervencionista). As insuficiências da perspectiva liberal são marcadas pela ascensão de monopólios, surgimento de crises econômicas periódicas, intensificação do conflito entre capital e trabalho e percepção da insuficiência de autorregulação dos mercados (GRAU, 2006, p. 21-22).

O surgimento do Estado Social, fruto das distorções citadas anteriormente, acolhe a proteção dos direitos fundamentais como fundamentação e razão de existir. Para o cumprimento de tal incumbência, houve a necessidade de agregar as tarefas de gestor, investidor e prestador de serviços públicos nas mãos do Estado (FURTADO, 2013, p. 31).

O menosprezo à ideia de poder econômico e atuação, em consonância com o princípio do livre mercado, dos agentes cientes de sua capacidade de dominação levou à eliminação da concorrência no modelo anterior. No paradigma intervencionista, no entanto, o arranjo promovido pelas leis antitruste permite a manutenção das estruturas dos mercados e a influência dos monopólios e oligopólios (GRAU, 2006, p. 22).

Além da contenção dos ilimitados poderes exercidos pelos proprietários capitalistas através das regras antitrustes, houve a adoção de uma perspectiva compensatória a fim de mitigar o embate entre capital e trabalho a qual se concretizou através da garantia de uma legislação trabalhista e social (LOPES, 2018, p. 26).

Keynes configura-se como um pensador representante deste momento histórico, uma vez que promove críticas ao liberalismo econômico marcado pelo princípio do *laissez-faire*, ao mesmo tempo em que não rejeita o capitalismo. Os argumentos trazidos por Keynes destacam a importância de institutos como o investidor, a propriedade privada e a livre iniciativa e ressaltam o controle promovido pelo Estado quanto à imposição de regulamentação e limites aos negócios dos empresários (FONSECA, 2010, p. 426, 443-446).

A assimetria das relações sociais, promovida pelo objetivo único do Estado Liberal de garantir a igualdade formal, fomentou no Estado Social a necessidade de reparar a desigualdade material. Nesse sentido, a política deveria dominar a economia a fim de promover uma transferência compensatória de bens de consumo. Acrescenta-se que o Estado acumulou a tarefa de corrigir as externalidades sentidas pela coletividade (LOPES, 2018, p. 26-27).

Este segundo paradigma inicia um processo de crise provocado pelo endividamento público o qual, por sua vez, é resultado do agigantamento estatal. Lucas Rocha Furtado (2013, p. 31) caracteriza este modelo de Estado Social como “grande, caro, ineficiente e fraco”.

Delineados os dois primeiros paradigmas do Estado, cabe destacar a preocupação que cada um deles tem com o funcionamento da economia. Como descrito, enquanto o modelo liberal concentra seus esforços na constituição e na preservação do capitalismo, o modelo social visa a atuar na substituição e compensação do mercado. Eros Grau assim leciona:

O Estado moderno nasce sob a vocação de atuar no campo econômico. Passa por alterações, no tempo, apenas o seu modo de atuar, inicialmente voltado à *constituição* e à *preservação* do modo de produção social capitalista, posteriormente à *substituição* e *compensação* do mercado (GRAU, 2006, p. 19).

Apesar da superação do Estado intervencionista, o seu modo de atuação deixará rastros: ao ultrapassar a inquietação do conflito de classes e operar em searas privadas, houve o fortalecimento das burocracias responsáveis pela atuação na distribuição de bens e serviços e dos procedimentos legais que as regem. O revigoramento desse sistema burocrático fez com que situações fáticas cotidianas fossem invadidas por um

processo, denominado por Othon de Azevedo Lopes (2018, p. 30) de “acondicionamento burocrático da vida social”.

Nesse sentido, Raymundo Faoro descreve o estado patrimonial e de estamento que foi instituído no Brasil. Para esse pensador, a sociedade brasileira e a portuguesa foram influenciadas fortemente pelo estamento de cunho patrimonialista. Esse estamento era formado pelo alto escalão dos membros da Coroa e pelos grupos que cercavam o chefe de Estado no período da República. Essa configuração não se assemelha à burocracia moderna, caracterizada pela existência de uma carreira administrativa pautada pelos princípios da legalidade e da racionalidade.

Não se trata, pois, daquele estamento de funcionários públicos encontrável nas situações de "poderio legal com quadro administrativo burocrático" da classificação weberiana, mas de um grupo estamental correspondente ao tipo tradicional de dominação política, em que o poder não é uma função pública, mas sim objeto de apropriação privada. (COMPARATO, 2003, p. 332)

Com a derrocada do Estado Social, manifesta-se o terceiro modelo paradigmático denominado Estado Democrático de Direito. Ressalta-se, no entanto que Estado Democrático de Direito e Estado Regulador são duas faces da mesma moeda, pois enquanto o primeiro constitui-se um modelo jurídico-político, o segundo constitui-se um modelo jurídico-econômico (LOPES, 2018, p. 34-35).

O Estado Democrático de Direito caracteriza-se por uma passagem reflexiva entre o Estado Liberal e o Estado Social de maneira a celebrar o exercício da independência entre as esferas privada e pública. O principal agente neste modelo é o cidadão que se utiliza da autonomia para se expressar politicamente e para delinear suas próprias decisões (LOPES, 2018, p. 40-42).

Nesse sentido, a fim de tratar todos os atores com igual respeito, o Estado assegura, como meio de proteção, um núcleo duro, indisponível e inviolável de direitos. Essa configuração permite afirmar que os objetivos sociais somente serão legítimos quando e na medida em que os direitos individuais são respeitados (LOPES, 2018, p. 44).

Os maiores obstáculos deste paradigma são a conciliação entre a economia capitalista, o sistema compensatório e a legitimação do direito e da política por meio de

um sistema de direitos, baseado na dignidade da pessoa humana e constituído por emaranhado de princípios (LOPES, 2018, p. 45).

A relação entre o Direito e o sistema econômico, neste terceiro modelo paradigmático, é caracterizada pela busca do equilíbrio, uma vez que o sistema legal deve atuar contendo o intervencionismo característico do Estado Social capaz de corromper a autonomia e diferenciação do capitalismo, ao mesmo tempo em que deve reprimir a politização da economia, como ocorreu no Estado Liberal (LOPES, 2018, p. 48).

O terceiro modelo paradigmático, então, será marcado pela transferência das prerrogativas de prestação de serviços à sociedade para a iniciativa privada; destacando-se a função de regulação e controle sobre as atividades delegadas. Essa nova organização permitirá um maior controle das contas públicas, tarefa não atingida pelo Estado Social (TAVARES, 2011, p. 302).

Como mencionado anteriormente, Estado Democrático de Direito e Estado Regulador são concepções de um mesmo fenômeno. O Estado Regulador tem, como pressuposto, o conceito de regulação (ARANHA, 2015, p. 33), portanto, passa-se a dissecar tal vocábulo a fim de realizar a devida caracterização deste modelo de Estado.

Marcio Iorio Aranha (2015, p. 28-29) afirma que o termo regulação refere-se a um processo de retroalimentação incessante da escolha pelos resultados dessa mesma escolha configurando a preferência do regulador em uma sucessão contínua marcada pela organização e administração conjuntural da realidade fática. Esse instituto permite, assim, a recuperação e a preservação da ordem em um sistema social o qual apresenta anomalias resultantes de contradições internas.

Nesse mesmo sentido, Sundfeld (2006, p. 37-38) especifica que a regulação é, essencialmente, a produção de Direito, uma vez que abrange o cumprimento de fins por meio do uso de instrumentos especificamente jurídicos, como edição e aplicação de normas.

Outros autores, como Alexandre Santos de Aragão, no tocante à regulação *lato sensu* da economia, detalham os vocábulos regulação estatal, regulação pública não estatal, autorregulação e desregulação. O primeiro reporta-se às normas emanadas de órgãos e entidades do Estado, enquanto o segundo refere-se às regras criadas por instituições da própria sociedade que são absorvidas pelo ordenamento jurídico. A autorregulação é caracterizada pela ausência da participação ou da aprovação estatal.

Por fim, a desregulação refere-se à inexistência de regulação institucionalizada, seja pública, seja privada (2013, p. 35).

Vinícius Marques Carvalho (2002, p. 13-14) afirma que a regulação constitui-se toda forma de organização da atividade econômica em que o Estado controla ou induz a conduta dos agentes econômicos através da concessão de serviço público ou da utilização do poder de polícia utilizando-se de disposições legislativas e administrativas.

Desse modo, entre as diferentes perspectivas da regulação, esta pode também ser vislumbrada como um processo administrativo que atua sobre o arranjo da realidade fática conduzido pelo Estado com o fito de preservação da atividade econômica em sentido amplo, a qual abarca os campos do serviço público e da atividade econômica em sentido estrito, por meio do uso de normas condicionantes de comportamento.

O Estado regulador sustenta-se em sete premissas, sendo a primeira delas de que o Estado é o garantidor de direitos fundamentais, propiciando a igualdade de condições quanto à competição no mercado. A segunda premissa é a ingerência constante e simbiótica promovida pelo ente estatal. A terceira consubstancia-se no papel estatal de idealizador e administrador das normas jurídicas. A premissa seguinte relaciona-se à legitimação do Estado por meio do administrador, do procedimento de coordenação normativa dos elementos fáticos ou do ambiente público regulador. A quinta premissa refere-se aos direitos que só serão constituídos em ambientes regulados. A premissa seguinte retoma a ideia de complementariedade do ente estatal que se utilizando do estímulo, gerenciamento e supervisionamento de setores expressivos, estimula a iniciativa privada. A última premissa relaciona-se ao conceito de regulação (ARANHA, 2015, p. 33-34).

Pode-se concluir que o Estado Regulador constitui-se uma fusão dos dois modelos anteriores, Estado Liberal e Estado Social, garantindo de um lado a sobrevivência e manutenção do mercado, e do outro, a fruição de direitos fundamentais. Utiliza-se da descentralização e da especialização como ferramentas a fim de enfrentar os desafios lançados pela economia, ao mesmo tempo em que leva os interesses sociais relevantes, que o mercado não provê, em conta (LOPES, 2018, p. 45).

Sublinha-se que apesar do Estado Regulador afastar-se da prestação efetiva de diversas atividades econômicas, entregando-as para a iniciativa privada, não abandona

totalmente esses setores, exercendo a função de regulação e fiscalização da atuação dos particulares (TAVARES, 2011, p. 302).

2.2. ESTADO COMO AGENTE NORMATIVO E REGULADOR DA ATIVIDADE ECONÔMICA E O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Neste tópico, visando constituir uma linha de pensamento contínua, será definido e qualificado o papel do Estado Regulador na esfera da atividade econômica, baseando-se na realidade brasileira, destacando a importância das agências reguladoras como instituições independentes.

Imperioso iniciar este segundo tópico sublinhando passagem de Eros Grau (2006, p. 35) acerca do mercado. Para o jurista, o mercado é uma instituição jurídica concebida pelo direito positivado do Estado moderno e:

Como o mercado é instituição jurídica, constituída pelo direito posto pelo Estado, deste se reclama, a um tempo só, que garanta a liberdade econômica, e, concomitantemente, opere a sua regulamentação [= regulação]. Sendo atividade, as *regras de mercado* consubstanciam o seu substrato. (GRAU, 2005, p. 36)

A busca desse equilíbrio, típica do terceiro modelo paradigmático do Estado, como outrora descrito, é essencial para a manutenção do modo de produção capitalista. Ao almejar essa moderação, o Estado influencia a atividade econômica (GRAU, 2006, p. 36).

Eros Grau determina que, diante da atividade econômica, o Estado poderá atuar ou intervir. Atuação estatal e intervenção estatal não se confundem, uma vez que o primeiro engloba o segundo. Enquanto a intervenção estatal refere-se à atuação do Estado em uma seara de titularidade do setor privado, a atuação estatal refere-se à atividade desempenhada tanto na seara de titularidade do setor privado, quanto naquela de titularidade do próprio Estado. Desse modo, a intervenção estatal relaciona-se com a atividade econômica em sentido restrito, por sua vez a atuação estatal relaciona-se com a atividade econômica em sentido amplo (GRAU, 2006, p. 94-95).

Outros autores não diferenciam os vocábulos intervir e atuar determinando que o Estado pode praticar um intervencionismo direto ou indireto. No primeiro caso, o Estado assumiria a atividade econômica em si, já no segundo caso, ele atuaria “no fomento, na

regulamentação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento, na ordenação da economia” (NETO, 2006, p. 74).

Realizando um diálogo entre as duas formas de identificação do comportamento estatal, é possível afirmar que o intervencionismo direto aproxima-se da atuação estatal realizada na seara de titularidade do próprio Estado, proposta por Eros Grau; já o intervencionismo indireto assemelha-se à intervenção estatal.

A partir da definição de regulação proposta por Márcio Iório Aranha (2015, p. 28-29), depreende-se que a referida hipótese de intervenção estatal constitui-se modalidade de regulação, na medida em que se qualifica como processo contínuo de organização e administração conjuntural da realidade fática, com vistas à correção de anomalias internas de um sistema social.

A regulação, no campo da atividade econômica em sentido estrito, vem para corrigir falhas de mercado, como por exemplo, concorrência imperfeita, externalidades, informação assimétrica e incompletude de mercados (NUSDEO, 2001, p. 163-165). A regulação econômica poderá incidir sobre fenômenos econômicos, como preços, quantidades, patamares de qualidade mínimo e investimento. Os fenômenos econômicos são variáveis de mercado as quais possibilitam a caracterização do *status quo* e da evolução da economia (NUSDEO, 2001, p. 186 e 187).

Nesse sentido, a regulação estatal da economia compreende o universo de normas abstratas ou concretas derivadas dos campos jurídico, administrativo, fático e econômico, pelas quais o Estado, por meio da restrição ou indução de comportamentos dos agentes econômicos, impede a lesão aos interesses sociais previstos na Constituição (ARAGÃO, 2013, p. 40).

Eros Grau (2006, p. 148-149) distingue três espécies de intervenção no domínio econômico: intervenção por absorção ou participação, intervenção por direção e intervenção por indução. Na primeira modalidade, o Estado atua como agente econômico, intervindo no domínio econômico; já na segunda e terceira modalidades, o Estado atua como regulador da atividade econômica em sentido estrito, intervindo sobre o domínio econômico.

Na intervenção por absorção, o ente estatal avoca, de maneira integral, o controle dos meios de produção em definido setor da atividade econômica em sentido estrito. Nesta modalidade, o Estado age em regime de monopólio (GRAU, 2006, p. 148).

A intervenção por participação assemelha-se a anterior, pois o Estado apropria-se do controle dos meios de produção, porém atuará em regime de competição com os sujeitos privados os quais exercem suas atividades naquela seara (GRAU, 2006, p. 148).

A intervenção por direção é caracterizada pelo exercício de pressão pelo Estado sobre a economia, fazendo com que os agentes econômicos adotem comportamentos estabelecidos coercivamente (GRAU, 2006, p. 148).

No caso das *normas de intervenção por direção* estamos diante de comandos imperativos, dotados de cogência, impositivos de certos comportamentos a serem necessariamente cumpridos pelos agentes que atuam no campo da *atividade econômica em sentido estrito* – inclusive pelas próprias empresas estatais que a exploram. (GRAU, 2006, p. 149)

Por fim, na intervenção por indução, o ente estatal utiliza as ferramentas de ingerência conforme as leis as quais regem o funcionamento dos mercados, adotando normas dispositivas, desprovidas de vinculação tão exacerbada como aquelas adotadas na espécie de intervenção supramencionada (GRAU, 2006, p. 149-150).

Apesar da importância da classificação proposta, a este trabalho interessa o aprofundamento da segunda modalidade, a intervenção por direção, uma vez que o controle de preços, através de fixação, tabelamento ou congelamento, é seu exemplo típico.

A profundidade e a constância necessárias para que o Estado, por meio de ferramentas de autoridade, interfira nas relações econômicas e a necessidade de autonomia dessa interferência levou à criação das agências reguladoras (SUNDFELD, 2006, p. 18 e 30).

Importa mencionar que a interferência promovida pelo Estado brasileiro no universo econômico, como consequência do imperativo constitucional e da sua natureza periférica, possui feição mais substancial. Caberá ao Estado uma atuação em duas frentes: corrigindo falhas de mercado e adequando a estrutura dos mercados em pontos não resultantes de sua lógica intrínseca, como equidade, universalização e estrutura distributiva (SANT'ANA, 2010, p. 371).

Ainda caracterizando o cenário brasileiro, pode-se afirmar que o surgimento das Agências Reguladoras, em especial na seara da infraestrutura, se deu em face de um quadro social e temporal de reforma regulatória, em que se tentava metamorfosear o

Estado Social, marcado pela providência, em Estado Regulador, caracterizado pela gerência. Essa passagem de modelos de Estado estava prevista no Plano Diretor de Reforma do Estado, a qual baseava-se na ideia de que a intervenção estatal era maléfica ao bom funcionamento da economia (SANT'ANA, 2010, p. 376).

Nesse sentido, a gestão das tarifas, no novo modelo regulatório instituído após a década de 1990, é qualificada pela existência de um contrato entre Estado e agente da iniciativa privada. O modelo anterior, em que o Estado, por meio das empresas estatais, realizava o controle e a influência direta nos preços administrados conforme as prioridades, é abandonado. A regulação, então, tem o intuito de promover a aproximação do desempenho da atividade caracterizada pelo serviço público ao desempenho característico do mecanismo de mercado, fazendo com que o regime jurídico aplicável seja permeado tanto pelo risco quanto pela liberdade (JUSTEN FILHO, 2003, p. 363).

Dito de outro modo, a adoção de um modelo que amplia a autonomia dos prestadores de serviços públicos conduz a uma nova perspectiva jurídica para proteção da equação econômico-financeira. Não é cabível garantir a esses empresários dose de liberdade que lhes assegure o poder de formular as escolhas econômicas acerca da sua atuação e, ademais disso, reconhecer que o eventual insucesso será arcado pelos cofres públicos ou pela comunidade. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 363).

A modificação na natureza da relação entre o Poder Público e concessionários permitiu a expansão das ferramentas de defesa dos interesses econômicos da iniciativa privada diante às práticas do Poder Público. A coordenação da política tarifária dos serviços públicos, por meio da garantia do acesso, modicidade e universalidade do serviço, torna-se um mecanismo impossível de ser utilizado pelos governos. Como consequência, avultam-se os conflitos oriundos da pressão por tarifas mais módicas sobre os governos, de competência entre os diferentes órgãos da Administração Pública e de formulação de políticas públicas, causado pela discrepância entre medidas setoriais técnicas e políticas (SANT'ANA, 2010, p. 378).

Vale lembrar que Agências Reguladoras são autarquias, conforme opção do legislador federal, alocadas entre os entes da Administração Pública Indireta, portanto, possuem personalidade de Direito Público (SUNDFELD, 2006, p. 26). São dotadas de autonomia e independência com o propósito de agir no “controle, fiscalização ou fomento de determinados setores” (MAZZA, 2005, p. 39).

Essas entidades possuem algumas características gerais, entre elas, estão: a possibilidade de intervenção indireta na economia, a necessidade de especialização e domínio técnico e a existência de poderes para atuar diretamente na ordem econômica. Assim, a tarefa básica das agências reguladoras é a ordenação de setores basilares da infraestrutura econômica (SUNDFELD, 2006, p. 19).

As agências são consideradas entes independentes, na medida em que são instituídas por lei e dotadas de mecanismos para afastar mudanças súbitas de orientações típicas do Poder Executivo Central e do processo democrático (SUNDFELD, 2006, p. 24). A independência, inclusive em relação ao mercado, permite a redução das incertezas para os agentes econômicos da iniciativa privada que atuam no mercado, garantindo a expectativa de que haverá manutenção da política concorrencial a qual não estará sujeita aos dissabores de um governo específico (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 76, 77 e 82).

O conceito de independência das agências reguladoras é uma categoria fechada e se materializa através da existência de mandato dos diretores, da não-subordinação das suas decisões, da presença de um corpo de servidores próprio, da existência de orçamento próprio, da ausência de subordinação hierárquica a outros órgãos da Administração Pública e da impossibilidade de dirigentes técnicos sofrerem uma exoneração *ad nutum*. É relevante mencionar que a independência não se confunde com a ausência de controle. Essas entidades submetem-se aos controles interno, parlamentar e judicial; uma vez que, segundo o corolário de Direito Administrativo, todos os atos administrativos são passíveis de controle judicial (SUNDFELD, 2006, p. 25-26).

A independência dos entes reguladores, para alguns autores, é elemento de sua definição. A agência deve possuir independência a fim de conseguir distinguir os interesses gerais que defende das ambições específicas dos agentes econômicos exploradores da atividade regulada (NETO, 2006, p. 85).

Apesar de não ser este o tema deste trabalho de conclusão de curso, é válido ressaltar o risco de captura da agência. São identificadas quatro ameaças de captura: risco da concussão, contaminação de interesses, insuficiência de meios e captura pelo poder político. O primeiro risco de captura refere-se ao obstáculo da corrupção, superado através do desenvolvimento de instrumentos de controle de probidade (NETO, 2006, p. 89).

O segundo risco caracteriza-se pela contaminação de interesses, em que o agente regulador toma os interesses dos regulados como os interesses gerais da sociedade, acreditando que os impasses sofridos pelos agentes são tão desafiadores a ponto de se tornar necessária a implementação das propostas oferecidas (NETO, 2006, p. 89).

A insuficiência de meios é outro risco de captura, pois a agência necessita de recursos, sejam materiais, sejam humanos, para exercer a atividade regulatória. Floriano Neto acrescenta que, a fim de conceder alguma autonomia nesse sentido, os entes reguladores devem utilizar a atividade-fim da agência como um mecanismo de gerar recursos para o seu financiamento (NETO, 2006, p. 89-90).

O último a ser mencionado é o risco de captura pelo poder político qualificado como aquele em que há um entrelaçamento entre a atividade regulatória e os anseios da esfera de poder, ocasionando uma deslegitimação perante operadores e usuários (NETO, 2006, p.90).

A ação das Agências Reguladoras pode ser questionada não só sob o prisma da Teoria da Captura, como também sob a ótica da Teoria das falhas de governo. Essa teoria foi elaborada como um questionamento dos fundamentos da intervenção estatal no domínio econômico. Através dos estudos de Joseph Stigler e de Claire Friedland, chegou-se à conclusão de que, em alguns casos, a concorrência do livre mercado é muito mais eficiente do que a ação das Agências Reguladoras, pois essas estariam dependentes das informações prestadas pelas empresas, o que geraria retardamento da fiscalização (CARVALHO, 2010, p. 48). Nem sempre o bem-estar social estaria ligado à atuação das agências. A teoria mostra que a regulação seria um insumo pelo qual competiam diversos grupos de interesse, como consumidores, produtores e agentes econômicos, em troca de apoio político (CARVALHO, 2010, p. 48-51).

As agências reguladoras possuem funções típicas as quais se dividem em três: executiva, legislativa e judicante. A atividade executiva envolve a fiscalização do cumprimento de suas normas; a expedição de atos administrativos sob sua competência, como, por exemplo, normas, outorgas, autorizações operacionais; o delineamento da política regulatória; e o fomento setorial. Já a atividade legislativa envolve a produção de normas, enquanto a atividade judicante abarca o julgamento de atos.

A função legislativa da agência reguladora relaciona-se ao seu poder normativo, exercendo papel fundamental para o aperfeiçoamento da atividade normativa do Estado (SUNDFELD, 2006, p. 27). O dever normativo próprio do ente regulador possui caráter infralegal, logo, as normas editadas pelas agências reguladoras estão sujeitas aos princípios do Direito Administrativo (MAZZA, 2005, p. 176-177).

É importante destacar que esses entes geralmente não assimilam competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), responsável pela defesa da concorrência. No entanto, como ensina Sundfeld (2006, p. 22), exercem função importante quanto à concorrência, por meio da definição da estrutura do setor ou do fornecimento de subsídios para as decisões da autoridade antitruste.

Como a atividade administrativa desenvolvida pelas agências reguladoras é marcada pela alta complexidade técnica, a atividade especializada desses entes auxilia a tomada de decisões de outras autoridades, por meio de pareceres técnicos (MENEZES, 2002, p. 56-57).

Desse modo, pode-se concluir que as agências reguladoras adequam-se ao contexto da atividade regulatória promovida pelo Estado Regulador por três razões. Em primeiro lugar, constituem um canal de comunicação com a sociedade, sendo possível a harmonização e mediação de interesses oriundos dos mais distintos setores de poder político existentes. Promovem uma ação regulatória em consonância com os interesses da sociedade ao mesmo tempo em que criam um campo, que ordena e equaliza os interesses conflituosos, permeável aos anseios dos agentes regulados. (NETO, 2006, p. 81-82).

Em segundo lugar, os entes reguladores criam ferramentas regulatórias mais eficazes e efetivas que as normas jurídicas legisladas, uma vez que as questões regulatórias são complexas e múltiplas, demandando uma atuação especializada (NETO, 2006, p. 82).

Por fim, as agências respondem ao processo de especialização inerente ao Direito, criando subsistemas de normatização e de mediação, equipados com “conceitos, princípios, códigos técnicos e procedimentos adequados às especialidades de cada um destes setores” (NETO, 2006, p. 83).

Como visto, ressalta-se que este tipo de entidade pública é essencial para assegurar o bom funcionamento do mercado, criando uma série de mecanismos legais e específicos para cada setor de adequação da realidade fática.

2.3. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT)

No tópico anterior, as entidades conhecidas como Agências Reguladoras foram descritas e caracterizadas. No presente, especificar-se-á as funções e atribuições da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a partir da Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001.⁵

Este ente regulador foi criado pela Lei nº 10.233/2001 e instituída pelo Decreto nº 4.130 de 13 de fevereiro de 2002, sendo vinculada ao Ministério dos Transportes, atualmente, ao Ministério da Infraestrutura. Conforme descrito no art. 22, a esfera de atuação da ANTT abrange o transporte ferroviário de passageiros e cargas ao longo do Sistema Nacional de Viação, a exploração da infraestrutura ferroviária e o arrendamento dos ativos operacionais correspondentes, o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, o transporte rodoviário de cargas, a exploração da infraestrutura rodoviária federal, o transporte multimodal e o transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias.

A operação e o gerenciamento da infraestrutura dos transportes terrestres são regidos por uma série de princípios gerais dispostos no art. 11 da Lei nº 10.233/2001. Dentre esses princípios, destacam-se a preservação do interesse nacional, em conjunto com a promoção do desenvolvimento econômico e social (inciso I); a proteção dos interesses dos usuários em relação à qualidade e à oferta de serviços de transportes e dos consumidores finais em relação à incidência dos fretes nos preços dos produtos transportados (inciso III); garantia, sempre que possível, do pagamento dos menores custos dos serviços prestados em regime de eficiência pelos usuários (inciso IV); compatibilização dos transportes com a preservação do meio ambiente, diminuindo níveis

5 Em 26/06/2019, foi publicada no Diário Oficial da União a Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. A Lei nº 13.848/2019 dispõe nos arts. 25 a 28 sobre a interação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência, estabelecendo a cooperação e a troca de experiências entre ambos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm#art53>. Acesso em 01 jul. 2019.

de poluição sonora, atmosférica, hídrica e do solo (inciso V); redução de danos sociais e econômicos os quais configuram-se como externalidades causadas pelo tráfego (inciso VII); garantia de liberdade de escolha pelos usuários quanto aos meios de transporte a fim de atender suas necessidades (inciso VIII); ampliação da competitividade do Brasil no cenário internacional (inciso X) e incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento de tecnologias para o setor de transportes (inciso XII).

O art. 12 do referido ato normativo, ao elencar as diretrizes gerais do gerenciamento da infraestrutura e da operação dos transportes terrestres, menciona a descentralização das ações, sempre que possível, promovendo sua transferência a outras entidades públicas, através de convênios de delegação, ou a empresas públicas ou privadas, mediante outorgas de autorização, concessão ou permissão, de acordo com o disposto no art. 21, XII, da Constituição Federal; o aproveitamento das vantagens comparativas dos diversos meios de transporte, promovendo sua integração física e a conjugação das operações, com o fito de obter a movimentação intermodal mais econômica e segura de pessoas e bens; priorização aos programas de ação e de investimento relacionados com os eixos estratégicos de integração nacional, de abastecimento do mercado interno e de exportação; promoção de pesquisa e adoção de tecnologias aplicáveis aos meios de transporte e sua integração; promoção e adoção de práticas adequadas de conservação e uso racional dos combustíveis e preservação do meio ambiente; estabelecimento de que subsídios incidentes sobre fretes e tarifas constituam ônus ao nível de governo que os imponha ou conceda; e repressão aos fatos e ações qualificados ou que possam se qualificar como competição imperfeita ou infrações da ordem econômica.

O art. 20 da Lei nº 10.233/2001 estabelece dois objetivos gerais da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), sendo que o último desdobra-se em mais dois. O primeiro objetivo refere-se à implementação de políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e Ministério dos Transportes. O segundo objetivo, por sua vez, refere-se à regulação ou supervisão das atividades de prestação de serviços e exploração da infraestrutura de transportes, quando exercidas por terceiros. A regulamentação e a fiscalização objetivam permitir a movimentação de pessoas e bens, de acordo com a modicidade nos fretes e tarifas e padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade e pontualidade. A regulação e o supervisionamento

também visam a conciliar os objetivos, tendo em vista o interesse público, dos agentes envolvidos na relação de transporte, como usuários, empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias e entidades delegadas, deliberando conflitos de interesses e coibindo cenários que constituam competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

Destaca-se o prestígio conferido ao princípio da livre concorrência e ao combate às imperfeições do mercado quando da leitura da alínea “b” do inciso II do artigo citado, ou seja, a harmonização de interesses com o fito de evitar situações de concorrência imperfeita ou infração da ordem econômica. No tocante aos objetivos específicos previstos no art. 24 da mesma lei, encontram-se algumas atribuições ligadas justamente a esta atuação:

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

I – promover pesquisas e estudos específicos de tráfego e de demanda de serviços de transporte;

II – promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados;

III – propor ao Ministério dos Transportes, nos casos de concessão e permissão, os planos de outorgas, instruídos por estudos específicos de viabilidade técnica e econômica, para exploração da infraestrutura e a prestação de serviços de transporte terrestre; (Redação dada pela Lei nº 12.996, de 2014)

IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição;

V – editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;

VI – reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infra-estrutura e prestação de serviços de transporte terrestre já celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes e o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos;

(...)

XIV – estabelecer padrões e normas técnicas complementares relativos às operações de transporte terrestre de cargas especiais e perigosas;

(...)

Nota-se que o legislador brasileiro, ao elencar objetivos e finalidades da ANTT considerou duas frentes de atuação, quais sejam, acatamento a uma política setorial de âmbito nacional e correção das falhas de mercado (SANT'ANA, 2010, p. 377).

Pode-se dizer, portanto, a partir do enfoque no arts. 11, incisos III, IV, V, XI e XII e no 24, inciso II, que a ANTT possui papel fundamental no mercado de transporte rodoviário de cargas. Essa Agência Reguladora visa à proteção dos interesses dos

consumidores finais dessa modalidade de transporte e ao estabelecimento de regime próximo ao da concorrência perfeita por meio da redução de externalidades e de estudos aplicados às definições de preços e fretes sob a ótica de análise de custos e benefícios, estimulando, assim, a competitividade no setor.

2.4. O TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS NO BRASIL

Neste tópico, cabe explorar o conceito de serviços de transporte. Para tal, inicialmente será exposto a definição do vocábulo transporte e, posteriormente, a do vocábulo sistema de transporte. Ao consultar o Dicionário Enciclopédico de Direito, é possível extrair as definições de transporte, transporte de pessoas e transporte de coisas. Iniciando pelo termo geral, temos que transporte é o “Contrato pelo qual alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas (art. 730, CC)” (LUZ, Valdemar P. da; SOUZA, Sylvio Capanema de, 2015, p. 772). Já transporte de pessoas significa o

Contrato pelo qual o transportador se obriga, mediante certa retribuição, a transportar pessoas de um lugar para outro (art. 730, CC). O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade (art. 734, CC). A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva (art. 735, CC). (LUZ, Valdemar P. da; SOUZA, Sylvio Capanema de, 2015, p. 773)

Por fim, segundo o mesmo Dicionário Enciclopédico jurídico, tem-se que o transporte de coisas é o

Contrato pelo qual o transportador se obriga, mediante certa retribuição, a transportar coisas de um lugar para outro. A coisa, entregue ao transportador, deve estar caracterizada por sua natureza, valor, peso, quantidade e o mais que for necessário para que não se confunda com outras, devendo o destinatário ser indicado ao menos por nome e endereço (arts. 730 e 743, CC). (LUZ, Valdemar P. da; SOUZA, Sylvio Capanema de, 2015, p. 773)

Outros dicionários jurídicos também partem do contrato de transporte para conceituar o termo. Sérgio Sérulo da Cunha assim define contrato de transporte, citando

algumas legislações que versam sobre o tema, como o Código Civil, o Código Comercial e o Código Brasileiro de Aeronáutica:

Contrato pelo qual uma das partes se obriga a transportar pessoa ou coisa, em segurança e prazo razoável, do ponto de início ao ponto de término da viagem ou de entrega da mercadoria (CC 730; CCo 575; CBA 222; D 2.681/1912; D 19.473/1930; D 1.832/1996; D 2.521/1998). (CUNHA, 2011, p. 86)

Transporte também pode ser conceituado como o “Ato, efeito ou operação de conduzir pessoa ou coisa de um lugar a outro, por caminho terrestre (ferroviário ou rodoviário), aquático (marítimo, fluvial ou lacustre) ou aéreo” (SIDOU, 2009, p.872).

Maria Helena Diniz apresenta o seguinte conceito para transporte:

a) Contrato em que uma pessoa ou empresa se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um local para outro, pessoas ou coisas inanimadas, por via terrestre, aquaviária, ferroviária ou aérea. Celebra-se entre o transportador e a pessoa que vai ser transportada (viajante ou passageiro) ou quem entrega o objeto (remetente ou expedidor). O destinatário, ou consignatário, a quem a mercadoria deve ser expedida não é contratante, embora, eventualmente, tenha alguns deveres e até mesmo direitos contra o transportador; b) ato ou efeito de transportar; c) condução; d) deslocação de coisas ou pessoas em veículos apropriados. (DINIZ, 2008, p. 708)

O transporte de mercadorias, por sua vez, é assim conceituado:

É aquele em que o expedidor, ou remetente, entrega ao transportador determinado objeto lícito para que, mediante pagamento de frete, seja remetido a outra pessoa (consignatário ou destinatário), em local diverso daquele em que a coisa foi recebida. (DINIZ, 2008, p. 710)

Pelas definições apresentadas acima, percebe-se que o transporte envolve o deslocamento de um elemento físico, palpável, seja humano, seja inanimado de um ponto a outro. Contudo, tal deslocamento, no sentido aqui apreendido, é um fenômeno operacionalizado por seres humanos e, como tal, é marcado pela racionalidade e é dotado de um fim (MAGALHÃES; ARAGÃO; YAMASHITA; 2014, p. 4,8 e 5).

Villela e Tedesco (2011, p. 60), citando Manhein (1979), afirmam que o sistema de transportes é um formato peculiar de mercado, em que oferta e demanda alcançam o equilíbrio, tendo em vista os canais limitantes da malha de transportes. Nessa perspectiva, o sistema seria composto por pessoas e bens transportados, veículos e redes pelas quais os veículos se movem.

Em seu artigo, as autoras também apontam o conceito de sistema de transporte criado por Meyer e Miller (1984), que afirmam ser este sistema constituído por veículos; rotas as quais conduzem os primeiros pela infraestrutura; infraestrutura do sistema de transportes, que abarca a via, a sinalização, terminais e outras instalações físicas fundamentais; motoristas; procedimentos a fim de operar o sistema, como as regulamentações; e custos dos operadores e/ou usuários, inclusive aqueles que diretamente decorrem da regulamentação e dos subsídios (VILLELA; TEDESCO, 2011, p. 59-60).

Conforme pode ser depreendido do art. 730 do Código Civil de 2002, o serviço de transporte é a atividade de levar, com meios próprios ou de terceiros, pessoas ou coisas, de um lugar a outro mediante remuneração. O transporte configura-se como uma obrigação de resultado (arts. 734 e 750 CC/2002), logo, o transporte seguro do passageiro ou da mercadoria ao local de destino é o objetivo final e a essência do contrato de transporte. Neste contexto, podem ser visualizados os seguintes elementos essenciais para o desenvolvimento do transporte: origem e destino, via, veículo, processo de transporte, tempo, carga (ou elemento a ser transportado), contratante (pessoa que tem o interesse de ser transportado ou que algo seja transportado) e contratado (transportador).

2.4.1. A evolução normativa do Transporte Rodoviário de Cargas

Neste primeiro subtópico serão realizadas anotações sobre os marcos legais para o Transporte Rodoviário de Cargas, com o fito de identificar uma tendência de observância aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência.

A regulação normativa do transporte de cargas via modo rodoviário, na concepção moderna, inicia-se com a edição da Lei nº 6.813, de 10 de julho de 1980. Referido ato normativo estabelece, em seu art. 1º, que a exploração da atividade econômica é privativa aos transportadores autônomos e pessoas jurídicas as quais cumpram três requisitos: sede no Brasil; quatro quintos do capital social, com direito a voto, pertencentes a brasileiros; e direção e administração confiadas exclusivamente a brasileiros.

Pela leitura do seu primeiro artigo, percebe-se então, que houve a preferência pelos transportadores autônomos e empresas brasileiras, garantindo ao mercado de

transporte rodoviário de cargas uma proteção de cunho nacionalista. É possível afirmar ainda a existência de uma competição entre os transportadores autônomos e as empresas.

Com a revogação da Lei nº 6.813/1980 e a promulgação da Lei nº 11.442, de 05 de janeiro de 2007, o exercício do transporte de cargas pelo modo rodoviário passou a ser exercido por diferentes agentes: o transportador autônomo, a empresa de transporte e a cooperativa de transporte. A atividade econômica praticada em regime de livre concorrência, conforme estatuído no art. 2º do diploma normativo, depende apenas da prévia inscrição no Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Cargas (RNTRC).

O RNTRC encontra-se regulamentado pela Resolução ANTT nº 4.799, de 27 de julho de 2015. Segundo o Guia do RNTRC (2018, p. 6-7), elaborado pela referida Agência, o registro é obrigatório para todo Transportador Rodoviário Remunerado de Cargas e objetiva, principalmente, a formalização do exercício da atividade, sua fiscalização e a inibição da atuação de atravessadores.

O capítulo III da Resolução ANTT nº 4.799/2015 estabelece as condições necessárias para a efetivação do registro. É necessária a devida categorização como transportador autônomo de cargas, empresa de transporte rodoviário de cargas ou cooperativa de transporte rodoviário de cargas, de acordo com as previsões contidas no art. 6º. A comprovação de realização de curso específico ou de experiência na atividade do transporte também é indispensável para obtenção do RNTRC, de acordo com os arts. 7º e 16, respectivamente.

O art. 15 da referida Resolução descreve a necessidade de um responsável técnico idôneo, no caso das empresas e cooperativas, para a adequação e manutenção de veículos, equipamentos e instalações; além da qualificação e treinamento profissional dos empregados e prestadores de serviço.

Por fim, faz-se necessária a identificação eletrônica dos veículos, conforme os arts. 18 e 19. Desse modo, o veículo automotor de carga cadastrado na frota do transportador inscrito no RNTRC poderá ser identificado eletronicamente pelos fiscais da ANTT.

Sublinha-se, então, que a Resolução ANTT nº 4.799/2015 restringe-se a aspectos técnicos, visando à segurança e ao combate à informalidade, não dispondo, em nenhum

momento, sobre intervenções de ordem econômica a serem realizadas no transporte remunerado de cargas.

Outro exemplo notável de regulação técnica promovida pela Agência de Transportes refere-se ao transporte de cargas e produtos perigosos em rodovias. O transporte rodoviário por via pública de produtos capazes de apresentarem risco à saúde das pessoas, à segurança pública ou ao meio ambiente deve seguir as regras e procedimentos estabelecidos na Resolução ANTT nº 3.665, de 04 de maio de 2011, e na Resolução ANTT nº 5.232, de 14 de dezembro de 2016.

Os arts. 3º a 9º da Resolução ANTT nº 3.665/2011 estabelecem os requisitos necessários dos veículos e equipamentos utilizados para o transporte de produtos perigosos. Os arts. 10 a 14 dispõem sobre as condições que a carga deverá ser transportada e as respectivas vedações. Os artigos seguintes também estabelecem de forma rígida regras relacionadas ao itinerário que o condutor de veículo deve observar, o modo de estacionamento deste mesmo veículo e a documentação necessária. A instituição do curso de Movimentação e Operação de Produtos Perigosos, previsto no art. 22, configura-se como uma norma técnica destinada a garantir a segurança pública e a proteção do meio ambiente.

Por derradeiro, registra-se que o Código Civil de 2002 também prevê algumas regras gerais acerca do transporte de coisas as quais são aplicáveis ao transporte rodoviário de cargas. Essas regras estão dispostas nos arts. 743 a 756 e, por certo, não versam sobre a fixação de preços para o serviço de transporte.

A partir da análise de evolução normativa do Transporte Rodoviário de Cargas realizada neste subtópico, percebe-se que o setor pôde evoluir e crescer, sem uma preocupação do Estado em interferir na estrutura e no desenvolvimento desse mercado, no tocante à estipulação de regras destinadas a induzir comportamentos quanto à precificação do serviço. Ao contrário, a Agência Nacional de Transportes Terrestres mostrou-se atuante no processo de criação de normas técnicas, visando à segurança, ao combate à ilegalidade e à instituições de padrões mínimos de qualidade para a prestação do serviço. Essa atuação está intrinsecamente ligada à especialidade característica das agências reguladoras.

2.4.2. O mercado de Transporte Rodoviário de Cargas

O Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal (Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001) em seu § 29 define mercado relevante como aquele caracterizado pelo menor grupo de produtos e menor área geográfica indispensáveis para que um suposto monopolista tenha condições de fixar um aumento de preços pequeno, porém significativo e duradouro.

Neste último subtópico, será apresentado e caracterizado o mercado brasileiro de transporte rodoviário de cargas, sendo indicados os agentes econômicos envolvidos, a partir das definições estabelecidas na Lei nº 11.442/2007.

Cabe ressaltar que, para concluir o escopo desse trabalho de conclusão de curso, quando se trata de mercado de transporte rodoviário de cargas, estar-se-á fazendo uma simplificação da realidade. O transporte brasileiro rodoviário de cargas é composto por diversos outros mercados os quais, a depender de suas características intrínsecas, como carga transportada, sazonalidade e especificidade, podem estar mais ou menos sujeitos às variações de oferta e demanda. Como exemplo, não é possível realizar a mesma análise para um mercado de transporte de cargas agrícolas a granel, o qual possui pouco valor agregado e alta homogeneidade, com o mercado de transporte de produtos perigosos ou cargas pressurizadas, o qual possui alta especificidade. Assim, pode-se concluir que quanto mais específico e especializado é o transporte, maior o equilíbrio de forças entre contratantes e contratados.

Conforme disposto no art. 2º da supracitada lei, podem ser identificados dois agentes econômicos aptos a exercer o transporte rodoviário de cargas: a Empresa de Transporte Rodoviário de Cargas (ETC) e o Transportador Autônomo de Carga (TAC). Sublinha-se que, apesar de não estarem listadas nos incisos do referido artigo como uma categoria de transportador, o § 3º do art. 2º e o § 4º do art. 5º-A da Lei nº 11.442/2007, bem como a Resolução ANTT nº 4.799/2015 reconhecem as Cooperativas de Transporte de Cargas como uma categoria de transportador.

A ETC é pessoa jurídica que exerce o transporte rodoviário de cargas como atividade principal, já o TAC é pessoa física que exerce o transporte rodoviário de cargas como atividade profissional. Cabe sublinhar que, como explicado anteriormente, a atividade econômica depende de inscrição no Registro Nacional de Transportadores

Rodoviários de Cargas (RNTRC) da ANTT. Percebe-se, portanto, que o TAC e a ETC podem se configurar como concorrentes.

Prosseguindo na leitura da Lei nº 11.442/2007, o art. 4º demonstrará a possibilidade de integração vertical dos transportadores autônomos à cadeia. O TAC poderá classificar-se como agregado, independente ou auxiliar. O TAC-agregado é aquele transportador que utiliza veículo de sua propriedade ou de sua posse, a ser dirigido por ele próprio ou por preposto, a serviço do contratante, de maneira exclusiva, mediante remuneração certa. Diferentemente, o TAC-independente presta os serviços de forma eventual e sem exclusividade, acordando o frete a cada viagem realizada. Por fim, o TAC-auxiliar é o profissional que, em regime de colaboração, atua junto ao TAC o qual cede seu veículo.

Desse modo, conforme ressaltado em Ofício nº 2547/2018 do CADE (p. 2, documento comprobatório nº 40700/2018, da ADI nº 5956), o transportador autônomo pode ser verticalmente integrado à empresa transportadora, atuando com ou sem exclusividade.

Aos agentes prestadores deste serviço, devem ser acrescentadas as Cooperativas de Transporte Rodoviário de Cargas (CTC), que apesar de pouco representativo em termos de transportadores cadastrados, tiveram sua participação relativa em termos de frota duplicada nos últimos oito anos. Em termos numéricos, percebe-se que de 2010 a 2018, as cooperativas dobraram a participação relativa no mercado em termos de frota cadastrada no RNTRC.

As CTCs atuam no setor e vêm ganhando incentivos para a sua criação e desenvolvimento no país. O Ministério da Infraestrutura tem incentivado a formação de cooperativas pelos autônomos de maneira a fortalecer a capacidade de tais agentes no momento da negociação com fornecedores e contratantes.

A autoridade antitruste (p. 3) ainda ressalta a falta de homogeneidade da prestação de serviço, uma vez que existem importantes especificidades a serem realizadas em relação à carga a ser transportada. Nesse sentido, pode-se afirmar que a existência de várias espécies de cargas faz com que haja várias modalidades de transporte de cargas, conferindo heterogeneidade a esse mercado.

A Nota Técnica SEI nº 108/2019/GERET/SUROC/DIR, de 20 de março de 2019⁶ em seu § 6º também reconhece a complexidade do mercado, já que estão envolvidos vários fatores, além da espécie de carga, como rotas, condições de rodovia e veículos utilizados. As especificidades crescem ainda mais quando se comparam as diversas regiões do Brasil.

Acrescentam-se às figuras já mencionadas, que entre o embarcador e o transportador, podem estar presentes a figura do agenciador e do operador de transporte multimodal ou operador logístico. Os agenciadores não possuem frota própria e atuam de maneira a intermediar a relação entre embarcadores e transportadores, em especial, os TACs. Já os operadores de transporte multimodal e operadores logísticos oferecem soluções logísticas completas, do embarque à chegada da mercadoria (§§ 8-10).

Esses agentes possuem grande relevância na discussão do frete, uma vez que acabam ficando, não raras vezes, com percentuais significativos do valor do frete, fazendo com que o embarcador pague mais e o autônomo receba menos. Como será demonstrado, mais adiante, recentemente, devido às inovações tecnológicas, surgiram outros tipos de intermediários entre TACs e embarcadores que podem vir a substituir os tradicionais agenciadores: os aplicativos de transporte de cargas os quais permitem aos transportadores localizar ofertas de cargas e aos embarcadores, oferta de transporte.

Ainda conforme a referida Nota SEI nº 108/2019 (§ 7), no Brasil existem cerca de 780 mil empresas identificadas como embarcador, das quais 99% utilizam o modo rodoviário.

De acordo com a Nota Técnica SEI nº 108/2019, de 20/03/2019 (§ 9), existem cerca de 680 mil transportadores, sendo 77% deles TACs. O restante (23%) está distribuído entre ETCs ou CTCs.

A Nota Técnica SEI nº 1107/2019/GERET/SUROC/DIR de 09 de maio de 2019 contribui para a compreensão da concorrência no mercado do transporte rodoviário de cargas. Segundo o documento, aproximadamente 76% (setenta e seis por cento) do total de empresas de transporte possuem menos de três veículos automotores. Os transportadores autônomos possuem uma média de veículos na ordem de 1,4; as

6 BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Nota Técnica SEI nº 108/2019/GERET/SUROC/DIR, de 20 de março de 2019. Referência: Processo nº 50500.302199/2019-63. Disponível em: <<https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=378>>. Acesso em 05 abr. 2019.

empresas de transporte alcançam uma média de 7,5; enquanto as cooperativas alcançam 73,5 de média. Quanto à idade média da frota utilizada, percebe-se que o mercado conta com uma frota de aproximadamente doze anos, sendo mais elevada no caso dos transportadores autônomos e mais baixa entre as empresas de transporte. Como descrito pela ANTT, nota-se que o mercado é caracterizado pela presença, na sua maioria, de transportadores de pequeno porte.⁷

Como o exercício da atividade econômica pressupõe a prévia inscrição no RNTRC, a análise dos dados fornecidos pela agência reguladora sobre o número de inscrições neste registro pode fornecer pistas importantes acerca da configuração deste mercado. Nesse sentido, é possível afirmar que a oferta do transporte rodoviário de cargas cresceu em função do aumento da frota e do aumento do número de transportadores concorrentes. Após o ano de 2011, houve um crescimento do número de empresas e transportadores autônomos (CNI, 2016, p. 36).

A Agência Reguladora também reconheceu o aumento da oferta do serviço (Nota Técnica SEI nº 108/2019/GERET/SUROC/DIR, § 16), afirmando que no período de 2010 a 2017, houve um aumento de 27% (vinte e sete por cento), o que significa que a frota de caminhões passou para a ordem de dois milhões.

A concorrência no transporte rodoviário de cargas é intensa, que causa a oscilação dos preços dos fretes conforme a flutuação da demanda. Essa tende a oscilar sazonalmente, em decorrência do aumento ou diminuição da produção de bens agrícolas e industrializados. Deve-se lembrar que grande parte dos produtos agrícolas transportados através do modo rodoviário são produzidos de forma sazonal, pois são típicos de um momento temporal específico. A demanda também apresenta variações duradouras devido às variações do nível de atividade dos embarcadores e da própria economia. É imperioso lembrar também que o Brasil, como exportador desses bens, é dependente das variações de humor do mercado internacional, sendo beneficiado ou prejudicado de acordo com o aumento ou diminuição da procura pelos produtos agrícolas (CNI, 2016, p. 24).

O transporte de produtos agrícolas, como por exemplo o transporte de soja, não apresenta muitas especificidades, os caminhões que realizam o transporte não

7 BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Nota Técnica SEI nº 1107/2019/GERET/SUROC/DIR. Referência: Processo nº 50500.322836/2019-18. p. 2. Disponível em: <<https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=380>>. Acesso em 02 jul. 2019.

necessitam de modificações e os motoristas não necessitam realizar cursos de transporte, como os cursos referentes ao transporte de produtos perigosos. A homogeneidade do produto transportado e a baixa particularidade do serviço permitem o surgimento da concorrência perfeita no mercado dos produtos agrícolas.

Contudo, a elasticidade-preço da demanda por serviços de transporte rodoviário de cargas é baixa. Não há aumento expressivo da demanda em função da redução do preço do frete, pois esse é ferramenta de concorrência entre os transportadores: ETC, TAC e CTC (CNI, 2016, p. 24).

Cabe pontuar que a elasticidade-preço da demanda é uma medida de sensibilidade da procura pelo bem ou serviço em razão de uma variação no preço, matematicamente representada pelo quociente de uma fração em que o dividendo é a variação percentual do número de unidades do bem ou serviço e o divisor é a variação percentual do preço. Nusdeo (2001, p. 230) define elasticidade “como a relação entre o acréscimo (decrécimo) percentual de quantidade e o decréscimo (acrécimo) percentual de preços”. Nesse sentido, se a elasticidade-preço da procura de um bem é baixa, pode-se dizer que uma oscilação no preço, por maior que seja, corresponde a uma pequena oscilação na demanda.

O equilíbrio entre a oferta e a demanda neste mercado se dá em torno da eliminação de agentes econômicos ineficientes, que apresentam altos custos e são incapazes de absorverem a diminuição de preço causada pelo excesso de oferta (CNI, 2016, p. 25). Desse modo, essa configuração beneficiaria os agentes eficientes e afastaria os ineficientes, gerando maior competitividade.

Entretanto, os transportadores autônomos ineficientes, em razão da sua habilidade de diminuição de rendimentos mensais, conseguem conviver no mercado, não sendo totalmente excluídos. A permanência, mesmo precária, desses agentes no mercado de transporte impede o restabelecimento do equilíbrio entre oferta e demanda, aumentando sobremaneira aquela (CNI, 2016, p. 25-26).

Conforme destacado no início deste subtópico, faz-se uma diferenciação entre as modalidades de mercados de transporte rodoviário de cargas existentes. A manutenção de transportadores pouco eficientes pode ser explicada com base na existência de mercados os quais transportam produtos de baixo valor agregado, como os produtos agrícolas. Como não há grande exigência em relação à qualidade do transporte, com

exceção do prazo de entrega e do custo, os transportadores que são menos eficientes ou apresentam menor qualidade conseguem se manter, reduzindo o valor do frete a níveis abaixo do custo, promovendo um desequilíbrio no setor, fazendo com que os concorrentes mais eficientes também tenham que baixar seus preços e eventualmente sua eficiência e qualidade, criando um círculo vicioso, prejudicial para o setor como um todo.

Soma-se à situação característica do mercado de serviço de transporte de carga, o quadro da economia brasileira. Apesar do crescimento, em média, de 0,3% ao ano entre 2010 e 2017, houve retração do Produto Interno Bruto (PIB) de 3,5% em 2015 e 3,3% em 2016 (Nota Técnica SEI nº 108/2019/GERET/SUROC/DIR, § 16).

Percebe-se, portanto, que o mercado do transporte rodoviário de cargas possui características intrínsecas que o tornam competitivo, incentivando seus agentes econômicos a buscarem a eficiência, em razão da baixa elasticidade-preço da demanda. Todavia, como este mercado está intimamente ligado à sazonalidade de produção de bens e à flutuação da demanda desses mesmos bens no comércio internacional, crises econômicas são capazes de criar instabilidades, levando ao desequilíbrio entre oferta e demanda do serviço de transporte de cargas. Destaca-se a vinculação entre as características do mercado do TRC com as atribuições da ANTT, pois a competitividade do primeiro deve-se aos arts. 11, incisos III, IV, V, XI e XII e 24, inciso II da Lei nº 10.233/2001 os quais criam condições para um regime próximo ao da concorrência perfeita.

3. DA ATIVIDADE ECONÔMICA: ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO E SERVIÇO PÚBLICO

3.1. DEFINIÇÕES

O presente capítulo tem a intenção de expor acerca das boas práticas de intervenção econômica desenvolvida pelo Estado na seara da atividade econômica em sentido estrito e a aplicabilidade dessa espécie de regulação no campo dos serviços públicos. Para tal, inicialmente serão expostos os conceitos dos termos utilizados. Em seguida, debruçar-se-á sobre as características da regulação econômica; seus pressupostos, a existência das falhas de mercado; e suas balizas constitucionais, destacando-se os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

Eros Grau afirma que o mercado é uma instituição jurídica criada pelo direito positivo, ou seja, o direito posto pelo Estado Moderno. O Estado deve garantir a liberdade econômica ao mesmo tempo em que opera a regulação. Essa contradição é típica do modo de produção social capitalista: o mercado, para dar continuidade ao processo de acumulação de capital, necessita da redução dos entraves social, político ou moral a ser realizada pelo Estado; simultaneamente, demanda que a atuação seja a menor possível (GRAU, 2006, p. 35-37).

Nesse sentido, os agentes econômicos necessitam de garantias contra o Estado e contra outros agentes a fim de desenvolverem suas atividades econômicas. Essas garantias materializam-se por meio do liberalismo político e econômico, respectivamente. Deve-se ter em mente, sempre, que o modo de produção capitalista depende do oferecimento de previsibilidade e segurança a seus atores. Nesse sentido,

(...) cada agente econômico necessita de garantias (i) *contra o Estado* e (ii) *contra os outros agentes econômicos que atuam no mercado*. Vale dizer, cálculo e segurança inerentes à produção capitalista exigem uma *dupla garantia*: (a) *contra o Estado (= liberalismo político)* e (b) *em favor do mercado (= liberalismo econômico)*.

A lei assegura a primeira garantia (correspondente ao *liberalismo político*) e, concomitantemente, é posta a serviço da preservação do mercado (= *liberalismo econômico*; a liberdade econômica em suas duas faces, *liberdade pública e liberdade privada*). (GRAU, 2006, p. 38).

O Direito é fundamental para a preservação dessas garantias, na medida em que protege o indivíduo da atuação estatal e se põe a serviço da preservação do mercado. A

autonomia individual de cada agente econômico fica resguardada da ação estatal e da ação de seus pares (GRAU, 2006, p. 38 e 39).

Desse modo, pode-se afirmar que o mercado, como instituição jurídica, sempre submeteu-se à regulação jurídica a qual é garantidora dos princípios cruciais para a criação e conservação do próprio mercado. A liberdade em sua acepção formal, o direito à propriedade privada e a força obrigatória dos contratos, ao serem assegurados pela Ordem Jurídica, permitem o advento do modelo de organização econômica em mercados e a perpetuação desse modelo. Sobre a importância da liberdade e dos contratos, Eros Grau afirma que “o princípio da liberdade de contratar é instrumental do princípio da propriedade privada dos bens de produção” (GRAU, 2006, p. 94).

Natalino Irti, no mesmo sentido apontado por Eros Roberto Grau, ao rejeitar o naturalismo econômico, afirma que a regulação jurídica do mercado é caracterizada por três princípios: artificialidade, juridicidade e historicidade. O primeiro refere-se à ideia de que o mercado é uma criação jurídica, ou seja, um *locus artificialis*. O segundo princípio refere-se ao fato de que o Direito, ao fazer certas escolhas, conforma a Economia, de acordo com certas decisões políticas. Por fim, o último princípio está ligado à mutabilidade das decisões políticas no tempo, “de modo que os vários regimes da economia vêm marcados pela historicidade, e nenhum pode dizer-se absoluto e definitivo” (IRTI, 2007, p. 44). As “leis da economia”, segundo Irti, são constituídas por institutos jurídicos, entre eles, estão os já citados direito da propriedade privada e a autonomia contratual. Tais institutos, todavia, não são dados naturais, mas sim construções históricas alcançadas ao longo do tempo por meio de batalhas políticas (IRTI, 2007, p. 45). Nessa perspectiva, se o direito moderno não provesse a previsibilidade, permitindo a fluência da circulação mercantil, domesticando certos determinismos econômicos, o mercado não poderia existir (GRAU, 2006, p. 32).

São conclusivas as considerações de Max Weber sobre o desenvolvimento do sistema econômico capitalista. Esse autor afirma que o capitalismo requer, essencialmente, a possibilidade de prognose, pelo indivíduo, do funcionamento da ordem estatal. As regras da Administração devem ser claras e racionais, objetivando a previsibilidade e diminuindo a arbitrariedade, oriunda principalmente do Estado (WEBER, 1999, p. 310). Nesse sentido, o direito objetivo permite o alcance da previsibilidade. A burguesia foi essencial no processo de construção desses direitos objetivos, uma vez

que, como ressaltado, o desenvolvimento do capitalismo faz com que os agentes necessitem da capacidade de predição (WEBER, 1999, p. 123):

Naturalmente, cabe sobretudo aos interessados burgueses exigir um direito inequívoco, claro, livre de arbítrio administrativo irracional e de perturbações irracionais por parte de privilégios concretos: direito que, antes de mais nada, garanta de forma segura o caráter juridicamente obrigatório de contratos e que, em virtude de todas estas qualidades, funcione de modo calculável. A aliança entre interesses principescos e interesses de camadas burguesas foi, portanto, uma das forças motrizes mais importantes da racionalização formal do direito. (WEBER, 1999, p. 123)

Desse modo, a intervenção estatal configura-se como um mecanismo capaz de reduzir riscos, seja para os indivíduos, seja para as empresas. Contudo, a atuação estatal nesse sentido não leva à substituição do sistema capitalista a outro, ao contrário, o agente estatal atua sobre e no domínio econômico para impedir qualquer substituição (GRAU, 2006, p. 35 e 45).

Na realidade brasileira, a Constituição Federal de 1988 promoveu uma grande alteração, por meio do art. 170 o qual estabelece que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem como objetivo proporcionar a todos existência digna, segundo os ditames da justiça nacional e observados nove princípios. Dentre esses princípios, estão a propriedade privada, a livre concorrência, a defesa do consumidor e a busca do pleno emprego. O princípio da propriedade privada, previsto no inciso II do art. 170 proíbe intervenções sem fundamentação constitucional na esfera de proteção destinada à propriedade (NOVELINO, 2015, p. 435). A livre concorrência, como se verá, deriva da liberdade de iniciativa. O princípio da defesa do consumidor, previsto no inciso V do referido artigo, por sua vez, configura-se como direito fundamental individual, permitindo ao Estado a atuação no domínio econômico. Por fim, o princípio da busca pelo pleno emprego também se constitui um direito fundamental decorrente da valorização do trabalho humano (MOTTA, 2018, p. 1043).

Antes da análise a ser realizada, cabe pontuar o significado que Eros Grau dá ao vocábulo “ordem econômica” utilizado no art. 170 da CF/88. Segundo esse autor, “ordem econômica” define o modo de ser empírico da economia brasileira. Ainda nesse sentido, “ordem econômica” não se refere à ordem jurídica da economia, mas sim aos fatores econômicos concretos. Assim, as relações econômicas estarão fundadas na valorização

do trabalho humano e na livre iniciativa, devendo ser observados os princípios elencados nos incisos seguintes (GRAU, 2006, p. 66-69).

A norma constitucional retrotranscrita permitiu a substituição da ordem econômica liberal para a ordem econômica intervencionista, pois a ordem jurídica situada no patamar mais alto da pirâmide normativa passou a predicar o aperfeiçoamento da ordem econômica com vistas à sua preservação (GRAU, 2006, p. 74).

Caio Mário especifica o enunciado desse mesmo artigo, afirmando que o constituinte optou pela economia de mercado, qualificada pelas decisões descentralizadas tomadas pelos agentes econômicos. O funcionamento da economia de mercado pressupõe a liberdade dos agentes econômicos para definir a maneira de estruturação dos seus recursos e a rivalidade entre esses mesmos agentes para oferecer e obter bens e serviços (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 26).

Ao optar por uma economia capitalista, o constituinte originário crê que a ordem mais eficiente de garantir o contentamento dos interesses dos cidadãos é por meio de um mercado em condições de livre concorrência, particularmente no tocante aos preços (BARROSO, 2001, p. 195).

Diante da nova ordem econômica, surgem duas modalidades de atuação do Estado em relação ao processo econômico a partir da ideia de atividade econômica: campo dos serviços públicos, seara de atuação estatal; e atividade econômica em sentido estrito, seara de atuação dos agentes privados (GRAU, 2006, p. 92).

Rememora-se o que foi exposto anteriormente: o termo atuação estatal possui significado mais amplo do que o termo intervenção estatal. Enquanto este refere-se ao comportamento estatal em espaço de titularidade dos agentes privados, aquele refere-se ao comportamento estatal em espaço de titularidade do próprio Estado quanto naquele pertencente ao domínio privado. Assim, a intervenção do Estado, como também fora exposto, desdobra-se em: intervenção por absorção ou participação, intervenção por direção e intervenção por indução (GRAU, 2006, p. 93-94).

A Constituição Federal de 1988 traz um tratamento peculiar nesse aspecto, diferenciando atividade econômica de serviço público. O art. 173 e o § 1º estipulam as hipóteses em que o Estado pode explorar diretamente a atividade econômica, destacando-se o regime jurídico que estarão sujeitas a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias. O referido dispositivo dispõe que “a exploração direta

de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei". A lei, nesse sentido, adquire feição importante, uma vez que define o estatuto jurídico da estatal exploradora de atividade econômica, estabelece a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, regulamenta as relações da empresa estatal com o Estado e a sociedade e reprime o abuso do poder econômico tendente à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Já o art. 175 do texto constitucional estabelece que incumbe ao Poder Público, conforme os ditames legais e precedido de licitação, prestar serviços públicos diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. Nesse sentido, a lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos (inciso I), os direitos dos usuários (inciso II), a política tarifária (inciso III) e a obrigação de manter serviço adequado (inciso IV).

Segundo classificação proposta por Eros Roberto Grau, a atividade econômica em sentido amplo subdivide-se em atividade econômica em sentido estrito e serviço público. Desse modo, o serviço público qualifica-se como uma espécie de atividade econômica (GRAU, 2006, p. 102-104).

Aplicando-se a classificação ao texto constitucional, tem-se que o art. 173 concerne a atividade econômica em sentido estrito, ou seja, a espécie de atividade econômica; enquanto os arts. 170, *caput*, e 174 reportam-se à atividade econômica em sentido amplo, ou seja, ao gênero de atividade econômica (GRAU, 2006, p. 105 e 109).

Serão detalhadas as modalidades referentes à atividade econômica *lato sensu* a fim de demonstrar que, no campo da atividade econômica em sentido estrito a qual é desenvolvida exclusivamente por agentes privados, a intervenção econômica, como a fixação de preços mínimos, não é adequada.

3.2. PRIMEIRA MODALIDADE DE PARTICIPAÇÃO DO ESTADO: PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Com o intuito de caracterizar a prestação do serviço público, será realizada uma breve contextualização histórica sobre a origem da atividade, uma abordagem sobre as

definições do termo e, por fim, será definida uma correspondência entre o serviço público e o caráter da regulação o qual está submetido.

O serviço público relaciona-se à satisfação de certas necessidades, abrangendo o uso de bens e serviços os quais são recursos escassos. Cabe preferivelmente ao setor público, contudo, a iniciativa privada pode prestá-lo através do regime de concessão ou permissão. Como será demonstrado, a prestação de serviço público não pode ser conceituada simplesmente como a atividade sujeita ao regime de Direito público (GRAU, 2006, p. 103 e 119).

Com o objetivo de evidenciar a relação entre o setor estatal e o paradigma do Estado Intervencionista, deve-se rememorar que o setor público intensificou sua participação na atividade econômica principalmente após os acontecimentos da Crise de 1929, com a quebra da Bolsa de Nova Iorque e a consequente Grande Depressão dos anos 1930. Diante as crescentes taxas de desemprego e influenciado pelo ideal Keynesiano, o Estado passa a tomar para si a função de ofertante de bens públicos. Entretanto, no Brasil, a participação do Estado na atividade econômica deve-se à insuficiência de capital na iniciativa privada para amparar e manter o desenvolvimento de diversas searas econômicas (ARAÚJO JÚNNIOR; SHIKIDA, 2014b, p. 104).

Percebe-se que a atividade estatal, naquele momento, possuía traços da função alocativa e estabilizadora, pois relaciona-se à oferta de bens e serviços os quais não eram ofertados de forma adequada pelo sistema de mercado, ao mesmo tempo em que permitia-se a intervenção do Estado na economia com o fito de alterar os patamares dos preços e empregos (ARAÚJO JÚNNIOR; SHIKIDA, 2014b, p. 104-106).

Desse modo, conclui-se que o surgimento de serviços públicos relaciona-se ao paradigma do Estado Intervencionista, em um cenário específico de desenvolvimento do sistema capitalista: o mercado passa a ser apenas mais um canal de satisfação das necessidades coletivas, ao lado do Estado. A regulação do uso do capital e do trabalho, nesse sentido, sofrem interferência mais direta do Estado (CARVALHO, 2010, p. 21).

O conceito de serviço público aparenta ser controvertido na doutrina. As noções iniciais surgiram na França, através da chamada Escola de Serviço Público. Adotando um conceito amplo do termo, Leon Duguit, um de seus representantes, considerava que serviço público é uma atividade ou organização abarcando todas as funções estatais. O

Estado, por sua vez, seria uma reunião de serviços públicos, de tal modo que governantes promoviam a sua organização e fiscalização (PIETRO, 2018, p. 125).

A escola francesa, portanto, considerava como elementos fundamentais para a conceituação de serviço público a atividade ou organização avocada pela coletividade pública, a *publicatio*; e o fim de satisfação das necessidades de interesse geral (PIETRO, 2018, p. 125). Percebe-se, portanto, que as primeiras definições de serviço público são amplas.

A amplitude do conceito oferecido pela Escola do Serviço Público, no entanto, não conseguiu integrar aos seus parâmetros as atividades empresariais as quais são assumidas pelo Estado (FURTADO, 2013, p. 573).

Diante a exposição do conceito francês e da crítica exposta, pode-se afirmar que em sentido subjetivo e amplíssimo, o serviço público é aquele prestado pelo Estado; contudo, em sentido restrito, é aquele que compreende somente a atividade da Administração Pública, não sendo incluídas as atividades judiciais, legislativas, de caráter tributário e exercidas baseando-se no poder de polícia (TAVARES, 2011, p. 290).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018, p. 134) afirma que o serviço público é toda e qualquer atividade material, atribuída ao Estado por meio da lei, a fim de exercer diretamente ou através de seus delegados, com o fito de satisfazer de maneira concreta aos anseios coletivos, sob o regime jurídico público total ou parcialmente.

Segundo a autora, como incumbência estatal, o serviço público é criado pela lei e revela uma opção do Estado, uma vez que o desenvolvimento de certas atividades, em função de sua importância para a sociedade, não é conveniente quando dependente dos agentes privados. A gestão do serviço público é tarefa do Estado, podendo ser realizada, como já explicado, diretamente, através dos órgãos da Administração Pública ou indiretamente, por meio de concessão ou permissão ou pessoas jurídicas criadas especialmente para esse fim. Di Pietro acrescenta que os serviços públicos não comerciais ou industriais submetem-se ao regime de Direito Público, enquanto aqueles comerciais e industriais submetem-se às regras do direito comum, ou seja, do Direito Civil e Comercial (PIETRO, 2018, p. 135 e 136).

Lucas Rocha Furtado (2013, p. 167 e 168) afirma que as tarefas com caráter prestacional entregue às entidades políticas, caracterizadas pela comodidade e utilidade e

pela obrigatoriedade do Poder Público de pôr à disposição da população, constituem o serviço público.

Independente da definição adotada, é notório que o serviço estatal pode ser qualificado como uma atividade imprescindível à promoção e ao aperfeiçoamento da interdependência social. A afiliação ao interesse social e o fito de promover a coesão social distinguem o conceito (GRAU, 2006, p. 129, 130 e 135). Vinícius Marques de Carvalho (2010, p. 31) concretiza a importância social da prestação do serviço público, exemplificando seu papel de atuar na redução das desigualdades, uma vez que, como a atividade é estendida a todos, evita-se a marginalização dos usuários mediante aferição de seu poder aquisitivo ou sua localização.

Algumas atividades são pacificamente admitidas como serviços públicos, como por exemplo, o saneamento, o abastecimento de água, iluminação e limpeza das vias públicas e coleta de lixo (TAVARES, 2011, p. 294). A enumeração dessas cinco atividades demonstra a sua imprescindibilidade para a vida cotidiana.

A relevância do desenvolvimento dos serviços públicos para a coletividade e para a coesão social, de modo a expandir sua prestação, explicam outra peculiaridade dessa espécie de atividade econômica em sentido amplo. Rivero (1981, p. 494 *apud* Pietro, 2018, p. 137) aponta que, de maneira oposta à da empresa privada, o serviço público pode funcionar com prejuízo; dessa maneira, a regra é a gratuidade e quando da exigência de contribuição, essa será menor que o custo. Complementa que o serviço poderá ser monopolizado, explorado exclusivamente pelo Estado, ou não exclusivo, aceitando o desenvolvimento da atividade pela iniciativa privada.

Seguindo essa linha, os serviços públicos podem ser privativos ou não privativos. Os primeiros são aqueles que o Estado tem a prestação privativa, sendo possível a iniciativa privada prestá-los somente em regime de concessão ou permissão; conforme disposto no art. 175 da CF/1988. Já os serviços públicos não privativos são desenvolvidos pelos agentes privados independentemente de concessão, permissão ou autorização. Em resumo, pode-se afirmar que a prestação dessa atividade é realizada sob o regime de privilégio (GRAU, 2006, p. 123-124,140).

Quando são prestados, sob concessão ou permissão, por mais de um agente concessionário ou permissionário, o desenvolvimento do serviço público se dá em clima diferente daquele praticado na atividade econômica *stricto sensu* a qual é marcada pela

competição (GRAU, 2006, p. 140-141). Essa particularidade deve ser realçada, pois permitirá distinguir a pujança necessária da atuação estatal em cada seara da atividade econômica *lato sensu*.

Aprofundando essa perspectiva, Lucas Rocha Furtado (2013, p. 574) faz interessante apontamento sobre a diferença entre serviço público e atividades objeto do poder de polícia do Estado. As últimas são atividades privadas em que, apesar da atuação do Estado se fazer presente, continuam privadas; logo, o nível de intervenção estatal é menor ou mais brando do que a intervenção sucedida na exploração de atividade caracterizada como serviço público. A partir dessa reflexão, pode-se concluir que a atividade econômica sujeita à regulação, fiscalização e fomento das Agências Reguladoras, conforme estabelecido no art. 174 da CF/88, por qualificar-se como seara da iniciativa privada, deve sofrer com um nível de intervenção menos invasivo. Importa destacar que na ANTT, há o serviço de transporte semiurbano de passageiros que se insere no conceito de serviço público privativo. Desse modo, a atividade econômica de transporte rodoviário de cargas, submetida ao poder fiscalizador da Agência Nacional de Transportes Terrestres, não comporta uma intervenção incisiva, *a priori*, ou seja, salvo se forem identificadas falhas de mercado as quais exigiriam a intervenção estatal.

Consequentemente, deve-se enfatizar que a dificuldade em identificar com clareza e precisão entre as atividades públicas delegadas e as atividades privadas reguladas não pode levar a uma intervenção estatal inadequada e desmedida (FURTADO, 2013, p. 574). A veemência da atuação estatal na espécie interventiva deve ser adequada e deve refletir as características da seara em que está sendo aplicada, sob pena de violação das regras as quais estruturam o modelo de atividade econômica *lato sensu* desenvolvido pelo Estado, situação que poderia gerar conflitos sociais e ineficiências econômicas.

A intervenção do Estado deve ser justificada, ou seja, necessária e proporcional. Como toda atividade estatal gera ônus para sociedade, como por exemplo, o ônus orçamentário de sustentar a estrutura estatal, caso os agentes privados estejam aptos a se organizarem e desenvolverem de maneira adequada suas atividades, “a regra deve ser a não intervenção estatal” (FURTADO, 2013, p. 577 e 578).

A excepcionalidade da intervenção estatal baseia-se no princípio de que os mercados são capazes de se organizar conforme os traços da ordem econômica

constitucional brasileira, ou seja, consoante os princípios constitucionais estabelecidos no art. 170 da CF/88. Ao Estado cabe reconhecer as imperfeições quando da efetivação dos princípios econômicos e empregar as ferramentas e os métodos apropriados a cada situação (FURTADO, 2013, p. 578-579). A identificação das insuficiências na realização dos princípios será oferecida através do reconhecimento das falhas de mercado as quais serão tratadas com maior precisão em subtópico mais adiante.

Traçadas e delimitadas as características do serviço público, é necessário debruçar-se sobre a segunda espécie de atividade econômica *lato sensu*, a atividade econômica em sentido estrito, delineando, como outrora realizado, a pujança da regulação da atuação estatal nessa seara, considerando o perigo descrito por Furtado (2013, p. 574) em confundir serviços públicos e atividades privadas reguladas.

3.3. SEGUNDA MODALIDADE DE PARTICIPAÇÃO DO ESTADO: EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO

Por sua vez, o Estado pode explorar as atividades econômicas em sentido estrito, caso necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme estatuído no art. 173 da CF/88; caso haja disposição expressa no texto constitucional (GRAU, 2006, p. 127).

O desenvolvimento de atividade econômica *stricto sensu* pelo Estado é prevista no art. 177 da CF/88 o qual determina a exploração em regime de monopólio da pesquisa e da lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluidos; da refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; da importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes dessas atividades; do transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no país, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; e da pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, excetuando-se radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizada sob regime de permissão, conforme as alíneas “b” e “c” do inciso XXIII do *caput* do art. 21 do texto constitucional.

É importante ressaltar, de início, que a atividade econômica é uma ação racional, substancializada na realização de atos de troca. A ação surge a partir da necessidade, ou

seja, da insatisfação, configurando-se como um esforço intencional em direção a algo. Como atividade racional, a atividade econômica constitui-se, em primeiro lugar, na valoração dos fins e, posteriormente, na atribuição de valor dos meios os quais permitem o alcance desses fins. A atividade econômica fica, assim, condicionada à existência de propósitos (MISES, 2013, p. 46, 47, 54 e 55).

Nesse sentido, as atividades privadas de cunho empresarial são caracterizadas pelos riscos e pelos fins econômicos lucrativos, além disso, seguem as regras de mercado, de acordo com os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência (FURTADO, 2013, p. 168 e 575).

A atividade econômica em sentido estrito desenvolvida pelo Estado, também conhecida como intervenção direta na economia, é caracterizada pela excepcionalidade. Os agentes econômicos privados são mais afeitos à atividade econômica, em razão da sua agilidade, foco, propensão a correr riscos a fim de obter lucros. As características enumeradas não estão presentes na atuação estatal uma vez que o comportamento dos agentes privados segue o princípio da legalidade, estatuído no art. 5º, inciso II da Constituição Federal (NEVES; SANTANA, 2017, p. 332).

A partir do contraste entre as definições iniciais de serviços públicos e atividade econômica em sentido estrito, percebe-se que atender ao interesse social, o Estado desenvolve serviço público; por outro lado, quando atender ao imperativo da segurança nacional ou ao interesse coletivo, o Estado desenvolve atividade econômica *stricto sensu* (GRAU, 2006, p. 130).

Os imperativos da segurança nacional referem-se às situações relativas à soberania nacional, ou seja, circunstâncias estratégicas as quais não poderiam ser confiadas aos agentes privados em razão de uma possível vulnerabilidade que seria acarretada ao país. O conceito de segurança nacional é calcado na “proteção à integridade do território e da soberania nacional, bem como a proteção contra lesão ou exposição a perigo contra a pessoa dos chefes dos Poderes da União” (NEVES; SANTANA, 2017, p. 333).

Outra hipótese de participação estatal na atividade econômica *stricto sensu* é a existência de relevante interesse coletivo. Apesar da abrangência do termo, o Estado deverá atuar após realizada avaliação do Poder Legislativo o qual determinará a presença ou não do interesse coletivo em determinada situação, principalmente em cenários em

que a iniciativa privada não tem interesse em desenvolver a atividade econômica ou, mesmo possuindo interesse, não é capaz de atender a demanda da coletividade (NEVES; SANTANA, 2017, p. 334).

A participação direta do Estado na atividade econômica *stricto sensu* dar-se-á através das empresas públicas ou das sociedades de economia mista. Enquanto as primeiras podem adotar qualquer uma das formas societárias previstas, as últimas devem constituir-se na forma de sociedade anônima (NEVES; SANTANA, 2017, p. 334).

No campo da atividade privada, o Estado não gozará de nenhum privilégio em relação “aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias”, atuando em relação de plena igualdade concorrencial com os demais atores econômicos e observando os princípios elencados no *caput* do art. 37 da CF/88. (NEVES; SANTANA, 2017, p. 334).

É importante ressaltar que as empresas públicas podem atuar em dois eixos da atividade econômica em sentido amplo: prestando serviços públicos essenciais e desenvolvendo atividades econômicas de titularidade própria da iniciativa privada. O Estado tem utilizado essa instituição como ferramenta para descentralizar a materialização de políticas públicas. Essa atuação permite uma maior agilidade e celeridade em âmbitos que, se fossem desempenhados pelos próprios órgãos, de forma direta, enfrentariam muitos obstáculos (NEVES; SANTANA, 2017, p. 335 e 336).

A atividade econômica *stricto sensu* desempenhada pela sociedade de economia mista, na maioria das vezes, apresenta elevados custos de investimento social e riscos expressivos, fazendo com que haja pouco ou nenhum interesse na iniciativa privada em desenvolvê-la. Por isso, geralmente, ao desenvolver atividade econômica em sentido estrito, o Estado a realiza sob regime de monopólio (GRAU, 2006, p. 140-141; NEVES; SANTANA, 2017, p. 336 e 337).

De acordo com as exposições realizadas, é possível destacar a coexistência das formas de participação do Estado na atividade econômica e de ação do Estado sobre a atividade econômica. A participação estatal refere-se aos serviços públicos, em regime de privilégio, e ao desenvolvimento da atividade econômica *stricto sensu*, muitas vezes em regime de monopólio. A ação estatal desdobra-se em ações de direção da economia e ações com vistas à intervenção na atividade econômica desenvolvida por agentes privados. Essa última espécie, a intervenção estatal, é que se subdivide e se classifica,

pontos que serão vistos com maior amplitude de detalhes no próximo tópico, em que se destacará a intervenção por direção. Cabe pontuar apenas, por agora, que a intervenção estatal classifica-se em por absorção, por participação, por direção e por indução (GRAU, 2006, p. 147).

Pode-se concluir, portanto, que o Estado sempre atuou no universo da atividade econômica em sentido amplo, marcada pelo conjunto de relações sociais e econômicas intrincadas para a produção e circulação de bens e serviços. Inicialmente, o Estado atua no sentido de construir um espaço para que a produção e as trocas ocorram de maneira eficiente e segura; para tal, cria o mercado. A fim de garantir a efetividade e a segurança dessas trocas, torna-se necessária a produção de normas jurídicas capazes de assegurar a liberdade, o direito à propriedade e a força normativa dos contratos. Assim, o Direito torna-se ferramenta para conferir previsibilidade às relações econômicas. A regulação neste primeiro momento possui natureza eminentemente jurídica.

No universo da atividade econômica *lato sensu*, o Estado participa no ramo dos serviços públicos e no ramo da atividade econômica em sentido estrito. No primeiro espaço, a participação estatal tem o objetivo de atender os interesses sociais. No ramo da atividade econômica *stricto sensu*, o Estado visa à garantia dos interesses coletivos. Dessa forma, percebe-se que o Estado ao participar na atividade econômica em sentido amplo, pretende atender ao interesse público.

O serviço público é caracterizado pela execução da atividade sob regime de privilégio, condição potencializadora de ineficiências econômicas, uma vez que o privilégio garante vantagens as quais seriam inexistentes para os agentes econômicos caso estivessem num regime da atividade econômica *stricto sensu*. Portanto, nessa seara, a atuação do Estado é vigorosa, havendo uma regulação de ordem técnica e de ordem econômica e outra específica, marcada pela defesa da concorrência. As ineficiências geradas são combatidas através da regulação técnica, da intervenção econômica e do uso das leis antitruste. Rememora-se que, a regulação jurídica também estará presente, uma vez que trata-se do regime de mercados.

Já a atividade econômica em sentido estrito é marcada pela presença do livre mercado e pela efetividade do direito à liberdade e à propriedade, além da garantia a força normativa dos contratos.

A participação do Estado na atividade econômica *stricto sensu* é marcada pela competição e pela possível presença de monopólios. Considerando que a Constituição Federal de 1988 garante que a ordem econômica, ou seja, as relações econômicas no plano fático, serão regidas pela valorização do trabalho humano e pela livre iniciativa, as imperfeições nessa seara serão corrigidas através de regulações técnicas e por meio da regulação específica, constituída precipuamente para atuar no livre mercado, qual seja, a defesa da livre concorrência. A defesa da livre concorrência, no entanto, não é mero mecanismo de efetivação de eficiência econômica e não é forma de regulação cujo objetivo é assegurar a rigidez do mercado.

Hayek (1984, p. 58) ensina que, segundo os pressupostos da doutrina liberal, o uso da concorrência como princípio de organização social impede algumas modalidades de intervenção econômica, possibilitando que as atividades desenvolvidas pelos agentes harmonizem umas com as outras sem a atuação da autoridade, ao mesmo tempo em que permite outras modalidades as quais podem ajudar de forma considerável o funcionamento da atividade econômica, exigindo certas formas de ação governamental. Esta é a relação que ocorre entre a regulação da defesa da concorrência e a regulação setorial técnica, ambas tendem a afastar o vigor de algumas modalidades de intervenção no domínio econômico, como o controle de preços privados no mercado. A efetiva concorrência torna-se a melhor ferramenta para guiar os esforços de cada indivíduo, uma vez que está em consonância com os pressupostos para o desenvolvimento do sistema econômico capitalista. (HAYEK, 1984, p. 58). Conclui-se que

O bom uso da concorrência como princípio de organização social exclui certos tipos de intervenção coercitiva na vida econômica, mas admite outros que às vezes podem auxiliar consideravelmente seu funcionamento, e mesmo exige determinadas formas de ação governamental. Contudo, há boas razões para que os requisitos negativos, os casos em que não se deve empregar a coerção, tenham sido particularmente enfatizados. Em primeiro lugar, é necessário que os agentes, no mercado, tenham liberdade para vender e comprar a qualquer preço que encontre um interessado na transação, e que todos sejam livres para produzir, vender e comprar qualquer coisa que possa ser produzida ou vendida. E é essencial que o acesso às diferentes ocupações seja facultado a todos, e que a lei não tolere que indivíduos ou grupos tentem restringir esse acesso pelo uso aberto ou disfarçado da força. Qualquer tentativa de controlar os preços ou as quantidades desta ou daquela mercadoria impede que a concorrência promova uma efetiva coordenação dos esforços individuais, porque as alterações de preço deixarão assim de registrar todas as alterações importantes das condições de mercado e não mais fornecerão ao indivíduo a informação confiável pela qual possa orientar suas ações. (HAYEK, 1984, p. 58 e 59)

Desse modo, o campo da atividade econômica pertencente à iniciativa privada, ao apresentar falhas de mercado, está sujeito ao âmbito de uma regulação específica caracterizada pela moderação. Novamente, a regulação jurídica continua presente, visando garantir o direito à liberdade e à propriedade e a força normativa dos contratos.

Esse posicionamento encontra-se em conformidade com o exposto no capítulo anterior desta monografia o qual tratou da evolução dos paradigmas do Estado. A contemporaneidade é marcada pelo perfil do Estado Regulador o qual é qualificado pelo afastamento do Estado quanto à prestação ativa de inúmeras atividades, deslocando-as para a iniciativa privada, porém, não sem abandono completo de algumas searas em que continuou regulando e fiscalizando o comportamento dos agentes privados (TAVARES, 2011, p. 302).

O livre mercado de transporte rodoviário de cargas, caracterizado por uma regulação jurídica e técnicas (como exemplo, foram citados o RNTRC e o transporte de cargas perigosas), admite também a regulação específica da defesa da livre concorrência, mas refuta a intervenção vigorosa, marcante dos serviços públicos.

3.4. REGULAÇÃO ECONÔMICA: O CONTROLE DE PREÇOS PELO ESTADO

Como observado no tópico anterior, a atuação do Estado na atividade econômica *lato sensu*, segundo Eros Grau, divide-se em participação estatal e ação estatal. Na primeira espécie, o ente estatal pode atuar na prestação de serviços públicos ou no desenvolvimento de atividade econômica em sentido estrito. Na segunda espécie, o Estado pode atuar na direção ou na intervenção do domínio econômico.

Outros autores, como José dos Santos Carvalho Filho, afirmam que na ordem econômica, o Estado pode atuar como regulador e fiscalizador do sistema econômico, criando normas, fixando restrições e diagnosticando condições econômicas, situação descrita como Estado Regulador; ou como desenvolvedor de atividades econômicas as quais, em regra, estão destinadas aos agentes econômicos privados, situação descrita como Estado Executor (CARVALHO FILHO, 2018, p. 970).

A intervenção, como subespécie de atuação estatal na seara da atividade econômica em sentido estrito, apresenta três modalidades: intervenção por absorção,

intervenção por participação, intervenção por direção e intervenção por indução (GRAU, 2006, p. 148).

Intervenção por absorção ou participação envolve atuação no domínio da atividade econômica *stricto sensu*, ou seja, o Estado intervém como sujeito econômico. Na intervenção por absorção, o agente estatal atua em regime de monopólio, assumindo de forma integral a gestão dos meios de produção e/ou troca (GRAU, 2006, p. 148).

A atuação do Estado na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública, e na Petrobras Brasileiro S.A., sociedade de economia mista, configura-se como exemplo de intervenção por absorção.

Já na intervenção por participação, o Estado atua em regime de competição com outros agentes da iniciativa privada, apropriando-se de parcela dos meios de produção e/ou troca (GRAU, 2006, p. 148).

A atuação estatal na Caixa Econômica Federal, empresa pública, e no Banco do Brasil, por sua vez, configura-se como exemplo de intervenção por participação.

A partir da breve exposição realizada, percebe-se que a intervenção por absorção e por participação estão relacionadas ao Estado Executor, uma vez que, nessas situações o Estado assume papéis de agente econômico privado na seara das atividades econômicas *stricto sensu*.

As intervenções por direção e por indução referem-se à atuação do Estado sobre a atividade econômica *stricto sensu*, ou seja, o Estado atua como regulador do domínio econômico. Intervenção por direção abarca a pressão sobre a economia, a determinação de modo preciso dos mecanismos e normas de conduta compulsórios para os agentes econômicos. Enquanto intervenção por indução envolve manipulação de ferramentas de intervenção de acordo com leis as quais controlam o funcionamento dos mercados (GRAU, 2006, p. 148-149).

A intervenção por direção estabelece uma conduta obrigatória, impositiva tanto aos agentes privados, quanto aos agentes públicos. São exemplos dessa atuação a quota de importação e a obrigatoriedade de filtros antipoluentes (NUSDEO, 2001, p. 195).

A intervenção por indução não se caracteriza pela cogência, pelo contrário, está ligada ao induzimento de certos comportamentos, como, por exemplo, à elevação do imposto de importação para desestimulá-la e, assim, proteger parcela do mercado para produtores locais (NUSDEO, 2006, p. 195).

Se a intervenção por absorção e participação relacionam-se ao Estado Executor, a intervenção por direção e por indução, por outro lado, estão relacionadas ao Estado Regulador, uma vez que há utilização dos mecanismos regulatórios, como instrumento político, a fim de influenciar a atitude e o comportamento de empresas e indivíduos. Cabe mencionar que a União Federal tem competência quase que absoluta para atuação nesse sentido do Estado Regulador (CARVALHO FILHO, 2018, p. 973).

Enquanto Eros Grau estabelece uma classificação quadripartite das modalidades de intervenção do Estado na economia, Luís Roberto Barroso propõe uma classificação tripartite, estabelecendo que a intervenção estatal na ordem econômica pode se dar através da atuação direta, do fomento e da disciplina.

A primeira modalidade, atuação direta, já foi explicada no tópico anterior e refere-se à prestação de serviços públicos à exploração de atividades econômicas *stricto sensu* pelo Estado, pressupondo os imperativos da segurança nacional ou o relevante interesse coletivo. A segunda modalidade, o fomento, se dá através do estímulo e desestímulo a certos comportamentos dos agentes econômicos privados. As normas diretivas guiam a atuação via fomento, sendo opção da iniciativa privada aderir ou não aos mecanismos criados pela norma (BARROSO, 2001, p. 202-203).

Por fim, a disciplina permite a preservação e a promoção dos princípios regentes da ordem econômica. A disciplina se dá através da imposição de comportamentos compulsórios previstos em normas cogentes, sujeitando o violador da referida norma a uma sanção. A disciplina gera um encolhimento do espaço da liberdade de iniciativa. (BARROSO, 2001, p. 203-204).

A intervenção por meio da disciplina do Estado está sujeita aos limites impostos pelo princípio da livre iniciativa e da razoabilidade e está fundamentada na necessidade de reestruturação da livre iniciativa e livre concorrência, em situações em que o mercado esteja desorganizado; na valorização do trabalho humano; e nos princípios da ordem econômica (BARROSO, 2001, p. 204-205).

Contrastando as duas formas de classificação, nota-se que a intervenção por meio da atuação direta aproxima-se da intervenção por absorção ou participação; o fomento assemelha-se à intervenção por indução; e a disciplina corresponde à modalidade de intervenção por direção.

O controle de preços, via tabelamento ou congelamento, é um exemplo de intervenção por direção (GRAU, 2006, p. 149). Essa modalidade de intervenção será trabalhada ao longo deste tópico, contudo, é mister salientar o contexto em que essa atuação do Estado se situa. Deve-se rememorar, conforme explicitado anteriormente, que não se discute a ausência ou presença estatal no domínio econômico, uma vez que os mercados são uma criação essencialmente jurídica, portanto, sustentados por um conjunto de normas criadas emanadas do Estado. Visa-se discutir o *quantum* e a natureza da atuação estatal no campo do desenvolvimento da atividade econômica.

3.4.1. Da disposição no texto constitucional sobre a Regulação e a Normatização

A partir da leitura da Constituição Federal, destaca-se o art. 174 o qual expressa que o Estado deve exercer, de acordo com a previsão legal, e como agente normativo e regulador da atividade econômica, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Essa última função deve ser determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. O parágrafo 1º do referido artigo determina que a lei deve estabelecer as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional. Já o 2º parágrafo estabelece que o cooperativismo e outras formas de associativismo serão apoiados e estimulados pela lei. Os dois últimos parágrafos referem-se à organização da atividade garimpeira em cooperativas.

Pela leitura do *caput* do artigo 174 da CF/1988, percebe-se que o legislador constituinte submeteu o Estado capitalista brasileiro à norma e à regulação. Quanto à primeira atividade, considera-se que o Estado deve atuar como agente normativo, uma vez que o Poder Legislativo, ao editar normas jurídicas, não é capaz de disciplinar as minúcias de todas as situações fáticas. Nesse sentido, o Poder Executivo, é capaz de "atuar sem uma conduta totalmente predeterminada por uma regra legal, sempre, porém, balizado por certos limites jurídicos" (GUERRA, 2012, p. 132)

As Agências Reguladoras exercem uma função normativa secundária, contudo, normas de hierarquia superior deverão ser observadas. A esse poder dá-se o nome de função normativa secundária, já que a primária é desenvolvida pelo Poder Legislativo (GUERRA, 2011, p. 132).

De fato, as entidades reguladoras editam normas que, indiscutivelmente, afetam direitos e obrigações dos cidadãos. Exemplo dessas normas é a Resolução n. 460, de 19 de março de 2007, da Anatel, que criou o instituto da portabilidade de números de celulares. Não está expressamente em lei; contudo, foi editada e está sendo cumprida por todos. (GUERRA, 2011, p. 132 e 133)

O Estado também atua como regulador da atividade econômica, conforme disposição expressa do art. 174 da Constituição Federal, determinando as incumbências de fiscalização, incentivo e planejamento (NEVES; SANTANA, 2017, p. 338). A seguir serão detalhadas cada uma dessas incumbências e posteriormente serão apresentadas conclusões sobre o artigo 174 como um todo.

3.4.1.1. Da Fiscalização

A primeira função do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, a fiscalização, refere-se à investigação dos comportamentos dos agentes econômicos privados. Compara-se a atitude tomada por esses agentes com um padrão esperado e fixado anteriormente em uma norma jurídica.

O papel do Estado é fiscalizar a conduta dos agentes da iniciativa privada de acordo com as normas jurídicas possuidoras de conteúdo econômico. Esse modelo de inspeção na atividade econômica *stricto sensu* pressupõe a atuação normativa estatal prévia, uma vez que toda verificação de conformidade de conduta é exercida na forma e nos limites fixados pela lei (TAVARES, 2011, p. 304).

Dessa maneira, ao atuar sobre a atividade econômica em sentido estrito, ou seja, nas modalidades de intervenção por direção e por indução, o Estado necessita da criação de normas e regras as quais não podem aguardar o trâmite vagaroso do processo legislativo. Nesse sentido, ao Poder Executivo cabe, em algumas situações específicas e sob certas condições, a capacidade de produção de normas gerais com o objetivo de responder rapidamente às mudanças desfavoráveis das conjunturas econômicas. Nesse sentido, apesar da capacidade normativa de conjuntura passa a expressar uma excepcionalidade, configura-se como fundamental para a concepção e às instituições de direito econômico (TAVARES, 2011, p. 303).

3.4.1.2. Do Incentivo

A segunda função do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, conforme disposto no art. 174 do texto constitucional, o incentivo, refere-se ao encorajamento da atividade econômica em sentido estrito.

Ao incentivar, ou seja, fomentar, por meio de concessão de benefícios ou vantagem, a atividade econômica, o Estado oferece condições positivas para o desenvolvimento dessa, promovendo, assim, o desenvolvimento do país, contudo a concessão de benefícios para alguns agentes não pode gerar o declínio de outros (TAVARES, 2011, p. 308). Nesse sentido:

É evidente que o Poder Público, responsável por assegurar a livre concorrência entre os particulares, que se reveste, no caso, inclusive, da categoria de princípio constitucional, não pode semear a odiosa discriminação que leva à competição desequilibrada entre os interessados. A conceder-se o benefício a uma nova empresa, por exemplo, do ramo automobilístico, teria de, necessariamente, estendê-la àquelas já existentes. O fato de se tratar de uma nova empresa não se erige, no caso, em fator de discriminação suficientemente legítimo para propiciar o tratamento desigual. E ainda que o fosse, seria, certamente, no sentido inverso, pois as empresas que já estão instaladas no Estado há mais tempo são, certamente, aquelas que mais contribuíram para o desenvolvimento econômico e social deste e, neste sentido, em comparação às novas empresas, seriam titulares do legítimo interesse de, em reconhecimento dos serviços prestados, obterem vantagens como aquela de que ora se cuida, de cunho fiscal. **Mas nem uma nem outra hipótese se permitem porquanto o fator igualdade, no caso, fica também condicionado pelo princípio constitucional da livre concorrência.** (TAVARES, 2011, p. 309) (grifos nossos)

3.4.1.3. Do Planejamento

A terceira função do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, conforme estatuído no art. 174 da Constituição Federal de 1988, é o planejamento. Tal função refere-se à organização e ao delineamento de intuítos. O Estado pode atuar no planejamento, ao criar um plano de metas para o setor privado, cria uma diretriz indicativa (TAVARES, 2011, p. 312).

Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 178-179) afirma que, com o pressuposto de promover sua atividade de planejamento, o Estado não pode ditar aos agentes econômicos privados certos comportamentos nem impor atendimento a certas diretrizes

ou intenções. Cabe ao agente estatal incentivar e despertar nos particulares, através do planejamento indicativo, a hipótese de que se houver condicionamento da iniciativa privada aos parâmetros do planejamento estatal, receberá benefícios. Nesse sentido, o autor conclui que:

Por isto mesmo, as ingerências constitucionalmente admissíveis evidentemente não concernem aos **aspectos econômicos propriamente ditos** da atividade empresarial, mas a aspectos relativos à sua adequada inserção no universo de valores sociais. Reportam-se, portanto, tão só e unicamente à compatibilização dos empreendimentos econômicos com exigências conaturais à segurança, à salubridade, à higidez do meio ambiente, à qualidade mínima do produto em defesa do consumidor e outros bens jurídicos que compõem a constelação de interesses coletivos. Ou seja: em nome da proteção dos diversos valores constitucionalmente encarecidos e amparáveis ao estado compete, por via das chamadas leis de “polícia administrativa”, expedir regras que os acautelem. Delas, é certo, resultarão óbices impeditivos de que atividades econômicas se desenvolvam em contradição com tais interesses básicos. (MELLO, 1999, p. 179 e 180)

Consoante exposto no tópico anterior sobre prestação de serviços públicos e atividade econômica *stricto sensu*, à iniciativa privada não cabem os ônus de materializar os princípios fins da ordem econômica os quais são elencados na Constituição, ao contrário, tal tarefa é de responsabilidade do Estado, pois práticas assistencialistas e redistributivistas são desenvolvidas pelo agente público (BARROSO, 2001, p. 200).

O dirigismo, modelo atualmente superado, pressupõe que os agentes econômicos privados, em vez de almejamem o lucro, passem a nortear sua atividade para o cumprimento dos princípios fins da ordem econômica, como existência digna para todos, redução de desigualdades sociais e regionais, busca do pleno emprego e expansão de empresas de pequeno porte, sacrificando a livre iniciativa. Contudo, como se sabe, a iniciativa privada ao desenvolver suas atividades em consonância com os ditames legais propicia uma parte essencial do bem-estar social (BARROSO, 2001, p. 201).

3.4.2. Artigo 174 da CF/1998: Síntese Inicial

Dessa maneira, pode-se concluir que o art. 174 da CF/88 sintetiza a função reguladora do Estado o qual poderá atuar na fiscalização, incentivo e planejamento. Na primeira atividade, há averiguação dos setores da economia com o fito de serem repelidas comportamentos abusivos dos agentes privados. No incentivo, há estímulo para o

desenvolvimento econômico e social, através do estabelecimento de isenções fiscais, abertura de créditos para a seara produtiva. Por fim, o planejamento envolve a fixação de metas a serem alcançadas pelo governo na seara econômica em determinado espaço de tempo (CARVALHO FILHO, 2018, p. 971).

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1989) acrescenta que o papel estatal como agente normativo e regulador deve estar demarcado, negativamente, pela livre iniciativa. As funções de fiscalização, incentivo e planejamento são limitadas pelos princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução de desigualdades sociais e regionais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido às empresas nacionais de pequeno porte; isto é, os princípios elencados nos incisos do art. 170 da Constituição Federal. Finaliza advertindo que:

Estes nove princípios não se contrapõem aos fundamentos da ordem, mas dão-lhes o seu espaço relativo. Cumpre ao Estado assegurar os fundamentos, a partir dos princípios. Não se pode, por isso, em nome de qualquer deles eliminar a livre iniciativa nem desvalorizar o trabalho humano. Fiscalizar, estimular, planejar, portanto, são funções a serviço dos fundamentos da ordem, conforme seus princípios. Jamais devem ser entendidos como funções que, supostamente em nome dos princípios, destruam seus fundamentos. (FERRAZ JÚNIOR, 1989)

3.5. ATRIBUIÇÕES DO ESTADO REGULADOR NO ÂMBITO DOS MERCADOS

No tocante ao papel do Estado Regulador na esfera dos mercados, Eros Grau especifica que o Estado possui o papel de constituir e preservar o modo de produção, complementar o mercado, substituir o mercado e compensar as disfunções do mercado (GRAU, 2005, p. 125).

A primeira função, constituir e preservar o modo de produção, consiste na realização de certos axiomas de existência contínua, como por exemplo a garantia das instituições da propriedade e da liberdade de contratar; a legislação antitruste; e o sistema monetário (GRAU, 2005, p. 125). Verifica-se, portanto, que o resguardo do modo de produção está estreitamente ligado à produção de normas jurídicas e ao entendimento de que o mercado nada mais é do que uma instituição jurídica concebida pelo direito posto pelo Estado Moderno.

O segundo papel, complementar o mercado, refere-se à adequação do sistema jurídico às novas modalidades de organização empresarial, de concorrência e de subsídio de modo a não abalar a dinâmica de acumulação capitalista, como por exemplo, a criação de modernas instituições no direito bancário e empresarial (GRAU, 2005, p. 125).

A terceira função, substituir o mercado, relaciona-se ao princípio de organização da sociedade e se faz presente quando as forças motrizes econômicas encontram-se debilitadas. Há substituição do mercado quando são criadas novas maneiras de produzir mais-valia, como por exemplo, arranjo estatal do progresso técnico-científico e habilitação profissional de trabalhadores (GRAU, 2005, p. 125).

Por derradeiro, a última função, de compensação das disfunções do mercado, revela-se no âmbito de algumas parcelas do capital e relaciona-se à geração de efeitos externos da economia privada, como por exemplo, os danos ecológicos (GRAU, 2005, p. 125-126).

Desse modo, o Estado Regulador, ao desempenhar sua função de compensação das anomalias dos mercados, acaba por utilizar ferramentas da intervenção por direção, como o controle de preços, com vistas a corrigir falhas de mercado. Serão qualificados alguns pontos sobre essa prática.

De acordo com a lei da oferta e da procura e as condições do mercado, é determinada a expressão monetária dos preços privados. Referida lei natural promove o equilíbrio ou desequilíbrio do mercado de acordo com a natureza dos acontecimentos no sistema econômico: se a oferta é maior que a procura, os preços tendem a diminuir; se a procura é maior do que a oferta, os preços tendem a aumentar. Contudo, o Estado pode atuar intervindo na formação desses preços. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 980).

Quando constatado um desequilíbrio nas condições de mercado, o Estado Regulador intervém. Desse modo, a existência de falhas de mercado, ou seja, situações que impedem o funcionamento do mercado conforme o modelo de concorrência perfeita, permite a intervenção estatal no controle de preços (BARRIONUEVO, 2015, p. 475-476). Barroso assim leciona:

Admite-se, todavia, que em situações anormais seja possível o controle prévio de preços pelo Estado, na medida em que o mercado privado como um todo tenha se deteriorado a ponto de não mais operarem a livre iniciativa e a livre concorrência de forma regular. Nesses casos – excepcionais, repita-se – a intervenção se justifica, afastando o limite material acima referido, exatamente para reconstruir a prática de tais princípios. Isto é: para reordenar o mercado concorrencial de modo

que a livre iniciativa e seus corolários possam efetivamente funcionar. (BARROSO, 2001, p. 209).

Deve-se reiterar, todavia, que, como a ordem econômica brasileira está fundada na atuação espontânea do mercado, o Estado não pode almejar à substituição do mercado em seu objetivo central do sistema econômico. O controle prévio de preços é um mecanismo marcado pelo dirigismo e não pela disciplina (BARROSO, 2001, p. 205). Sublinha-se que:

(...) em condições regulares de funcionamento do mercado concorrencial, não é possível a intervenção estatal que elimine a livre iniciativa e a livre concorrência – de que é exemplo a supressão da liberdade de fixação dos preços –, seja qual for o fundamento adotado para a medida. (BARROSO, 2001, p. 206)

O controle de preços sofre três espécies de contenções. Primeiro, deve observar o princípio da razoabilidade; em segundo lugar, deve existir situação de anormalidade e limitação temporal para a implementação da política. Por fim, há impossibilidade de fixação de preço inferior à soma do preço de custo e do retorno mínimo, compatível com o valor necessário para reinvestimento e lucratividade (BARROSO, 2001, p. 209).

A atuação estatal no controle de preços pode se dar através do congelamento, do tabelamento e da fixação (BARROSO, 2001, p. 188). O tabelamento de preços é o estabelecimento pelo Estado de preços privados de bens e produtos quando os agentes econômicos privados se mostram sem condições de preservá-los nas regulares condições de mercado. O tabelamento de preços está previsto no art. 2º, II, da Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962. A competência para tal atuação é privativa da União ou de entidades a ela vinculadas (CARVALHO FILHO, 2018, p. 980).

A fixação de preços influencia três variáveis econômicas: equilíbrio econômico-financeiro da empresa, incentivo à eficiência produtiva e incentivo ao investimento. A primeira variável refere-se à necessidade que o agente econômico terá para suplantar os custos fixos e o de capital. A segunda diz respeito ao desincentivo ao aumento da produtividade. A última refere-se à necessidade da empresa equilibrar capacidade produtiva e aumento da demanda (BARRIONUEVO, 2015, p. 479).

Observa-se, por conseguinte, que essa modalidade de intervenção estatal no controle de preços privados pode promover mudanças no desenvolver da atividade econômica pelos agentes, uma vez que terão que realizar novos cálculos para que a

atividade continue lucrativa. Desse modo, a fixação de preços, quando utilizada, requer parcimônia e deve ponderar as três variáveis apresentadas. A necessidade de sintonia fina entre a intervenção do Estado no domínio econômico e as expectativas dos agentes econômicos e da própria sociedade é sintetizada abaixo:

É difícil definir o preço adequado para maximizar o ganho da sociedade, incentivando a eficiência e o investimento, pois existe uma assimetria de informação entre o regulador (ou o governo) e a empresa regulada, que tem maior conhecimento sobre custos e operações. Preços baixos, ainda que cubram os custos totais da empresa, não incentivam o investimento. Do mesmo modo, preços que são reajustados de forma frequente, de acordo com seus custos marginais, não incentivam o aumento da eficiência. (BARRIONUEVO, 2015, p. 479).

A política de preços mínimos privados a qual pode ser materializada através da fixação dos mesmos tem o potencial de agravar a indispensabilidade de sintonia entre regulador e regulado, evidenciando a dificuldade de se estabelecer um preço adequado que incentive o investimento e o aumento da eficiência de forma concomitante.

Essa exacerbação ocorre pelo fato de que a política de preços mínimos visa à proteção do produtor em detrimento do consumidor e, geralmente, é aplicada com o intuito de incentivar a atividade econômica em períodos marcados pela recessão (COMPARATO, 1991, p. 19).

Independente da modalidade, a intervenção nos preços privados não pode desviar da sua finalidade precípua de correção de falhas de mercado. Será ilegítima a intervenção estatal se, antes da atuação do Estado, os preços obedeciam a lei natural da oferta e da procura, posto que as empresas possuem respaldo na Constituição Federal para exploração das atividades econômicas, conforme o princípio da livre iniciativa (CARVALHO FILHO, 2018, p. 980).

Nesse sentido, é possível afirmar que existem situações excepcionais de intervenção do Estado em matéria de preços, contudo, tal realidade drástica não pode ser confundida com a concepção de que a livre iniciativa deve estar subordinada a decisões de caráter transitório marcado pela conveniência política. A ação estatal deve seguir os ditames do princípio da razoabilidade, sendo a discricionariedade controlada, para que seja assegurada a presença do binômio necessidade/utilidade no caso concreto (BARROSO, 2001, p. 188 e 206).

Em suma, pode-se sustentar que a atuação do Estado na economia pode classificar-se como executora ou reguladora. As tarefas desempenhadas pelo Estado

Executor abrangem a prestação de serviço público e o desenvolvimento de atividade econômica *stricto sensu*, enquanto aquelas exercidas pelo Estado Regulador referem-se à possibilidade de intervenção. A intervenção, por sua vez, pode ser classificada em quatro ou três modalidades, a depender da categorização realizada. No presente estudo, a intervenção por direção, conforme classificação proposta por Eros Grau, ganhará maior destaque, pois o controle de preços privados configura-se como um de seus exemplos.

Os agentes econômicos privados devem atender às normas atinentes à fiscalização e podem ou não aderir as políticas de incentivo estipuladas pelo Estado, todavia, no tocante ao planejamento estatal, não têm o dever de substancializar os princípios fins da ordem econômica; como existência digna para todos, redução das desigualdades sociais e regionais, busca do pleno emprego e expansão das empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

O controle de preços privados, nessa orientação, é medida de cunho excepcional e será legítima se e apenas se utilizada para compensação das disfunções do mercado, ou seja, para corrigir falhas de mercado. A intervenção econômica nessa modalidade encontra limites definidos nos princípios constitucionais, na indispensabilidade de proporcionalidade e racionalidade e na observância do binômio necessidade e utilidade. Por fim, é preciso frisar que o controle de preços consubstancia-se em ação que requer sintonia fina com o mercado, pois pode gerar enfraquecimento dos investimentos realizados pela iniciativa privada e desestímulo ao aumento da eficiência.

3.6. A EXISTÊNCIA DE FALHAS DE MERCADO COMO PRESSUPOSTO PARA A REGULAÇÃO ECONÔMICA

Como descrito anteriormente, a intervenção estatal na economia tem como suposição a existência das falhas de mercado. A teoria das falhas de mercado busca identificar, nas estruturas de mercado, os entraves para o alcance do ótimo de Pareto⁸, deixando ao Estado a incumbência de corrigir tais imperfeições (CARVALHO, 2010, p.

8 O ótimo de Pareto também conhecido como bem-estar máximo “ocorre quando já não há mudanças capazes de deixar uma pessoa em melhor situação, sem deixar outras em situação pior. Isso implica que a sociedade não pode reorganizar a alocação de recursos ou a distribuição de bens e serviços de modo a ajudar uma pessoa sem prejudicar outra. Assim, o estado ótimo de Pareto implica (1) uma distribuição ideal de bens entre os consumidores, (2) uma alocação técnica ideal de recursos e (3) quantidades ideais de produção.” (BRUE; GRANDY, 2016, p. 426)

48). A operacionalização dos entraves do mercado assenta-se no tripé composto pela Constituição, códigos de Direito privado e poder de polícia (NUSDEO, 2001, p. 138).

Serão elencadas cinco principais falhas de mercado, de acordo com a doutrina elaborada por Fábio Nusdeo (2001, p. 166): falta de mobilidade dos fatores de produção, dificuldade de acesso às informações relevantes, concentração econômica, externalidades e suprimento dos bens coletivos. Reitera-se: a existência das referidas falhas de mercado constitui condição imprescindível para a regulação econômica, na modalidade interventiva, da qual é exemplo a fixação de preços.

3.6.1. Primeira Falha de Mercado: Ausência de mobilidade dos fatores

A ausência de mobilidade dos fatores refere-se à rigidez de ordem física, operacional, institucional ou psicológica dos fatores de produção, quais seja, terra, capital e trabalho. A inflexibilidade dos mesmos gera a incapacidade de automatismo, ou seja, de autocorreção do mercado. Caso houvesse mobilidade dos fatores de produção, haveria promoção de deslocamentos, em pequeno espaço de tempo desses fatores, possibilitando a reversão automática de circunstâncias indesejáveis. No Brasil, o combate a esta falha de mercado materializou-se na ação anti-recessiva, com o fim de regular alguns mercados, induzindo ou refreando a atividade econômica (NUSDEO, 2001, p. 139, 142 e 143).

É possível afirmar que há, em certa medida, ausência de mobilidade dos fatores de produção no mercado brasileiro de transporte rodoviário de cargas, uma vez que as instalações utilizadas para o serviço possuem rigidez de ordem física. Contudo, quando se compara a mobilidade dos fatores de produção do modo rodoviário com outros modos de transporte, como o ferroviário, por exemplo, o transporte rodoviário é bem mais móvel.

A estrada, via territorial pela qual os caminhões transitam, possui inflexibilidade de ordem física e operacional, fazendo com que o transportador, ou seja, o motorista tenha que verificar qual o melhor e menor trajeto para o transporte de acordo com as vias transitáveis disponíveis. Uma vez em perspectiva com o modo ferroviário, no entanto, as vias territoriais possuem mais mobilidade, pois, apesar de fixas, propiciam normalmente diversas opções quanto de rotas.

Os postos de fiscalização e de parada e descanso dos motoristas, como elementos de fatores de produção do serviço de transporte rodoviário de cargas, também padecem de imobilidade, uma vez que são fixos e são essenciais para a efetivação do serviço nos moldes legais. Os transportadores não podem evadir-se das fiscalizações realizadas pelo Poder Público. Mais uma vez, comparado ao modo ferroviário, o modo rodoviário apresenta maior mobilidade, já que as instalações as quais podem ser, inclusive, alugadas, podem ser facilmente realocadas no território.

Outros fatores de produção, como o trabalho, por sua vez, não são caracterizados pela imobilidade. Como descrito no capítulo anterior desta monografia, o motorista possui várias opções para participar do mercado de transporte de cargas. Há possibilidade de tornar-se funcionário de uma empresa de transporte de cargas (ETC), cooperado em uma cooperativa de transporte de cargas (CTC), funcionário de uma empresa produtora a qual possua serviço logístico próprio ou autônomo (TAC), modalidade em que ainda pode prestar serviço como TAC Agregado ou TAC Independente, conforme descrito nos arts. 2º e 4º da Lei nº 11.442, de 05 de janeiro de 2007.

Não se pode falar em rigidez de outro fator de produção, qual seja, o caminhão, máquina essencial para efetuar o serviço de transporte de carga, pois como automóvel, é característica primordial a sua mobilidade de um ponto a outro. Importa ressaltar que algumas modalidades de mercados do transporte rodoviário de cargas, em razão de sua especificidade, possuem menor mobilidade, uma vez que as cargas transportadas demandam equipamentos especiais, como por exemplo, produtos perigosos. Por outro lado, algumas modalidades de mercados não demandam veículos especiais e, portanto, possibilitam uma maior mobilidade de entrada e saída dos agentes, tais como, o transporte de *commodities* e cargas gerais.

Cabe apontar, todavia, que a rigidez de ordem física e operacional do capital no que se refere às estradas e aos postos de fiscalização está relacionada à infraestrutura do sistema de transporte rodoviário brasileiro, ou seja, é uma característica daquele sistema logístico. No entanto, o modo rodoviário possui maior mobilidade se se compara ao modo ferroviário, como visto. Desse modo, uma atuação estatal no mercado de transporte rodoviário de cargas visando à correção de uma falha de mercado imanente do sistema de transporte rodoviário parece descabida, pois estar-se-ia confundindo os remédios a serem utilizados em cada um dos casos.

3.6.2. Segunda Falha de Mercado: Dificuldade de acesso às informações

A segunda falha de mercado é a dificuldade de acesso às informações relevantes. O sistema descentralizado tem como pressuposto básico a possibilidade de acesso, pelos agentes econômicos, aos conhecimentos sobre o mercado em que atuam e sobre as particularidades dos bens e serviços negociados. Os preços, unicamente, não informam corretamente os operadores do mercado, sendo necessária a definição das características dos produtos (NUSDEO, 2001, p. 143-144).

A assimetria de informações pode levar a duas consequências negativas: risco moral, se se verifica a assimetria após a transação, e seleção adversa, se é verificada *ex ante*. Enquanto a primeira qualifica-se por um desalinhamento de conduta, a segunda refere-se à escolha errônea de determinados bens ou serviços pelos compradores (VIEGAS; MACEDO, 2010, p. 92-93 e 95).

O Direito estabelece, em várias normas, o dever de alguns agentes econômicos prestarem aos interessados informações. O Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, ao retratar a obrigação do fornecedor de informar, de modo ostensivo e adequado, a respeito da nocividade ou periculosidade de certos produtos, visa mitigar esta imperfeição de mercado (NUSDEO, 2001, p. 144-145).

Em relação ao mercado brasileiro de transporte de cargas, não se pode falar em dificuldade de acesso às informações relevantes, em certa medida, pois os motoristas possuem conhecimento não só sobre os preços praticados no serviço de transporte de cargas, como também conhecem as especificidades de cada carga a ser transportada e qual o preço a ser praticado em cada caso, contudo desconhecem os seus respectivos custos, uma vez que não possuem registros e estudos organizados para a prestação do serviço.

Essa conclusão é extraída dos motivos que levaram à Agência Nacional de Transportes Terrestres a realizar a Tomada de Subsídios nº 09/2018 e a Tomada de Subsídios nº 19/018 com o fito de aprimorar a metodologia e os parâmetros a serem utilizados para a confecção da tabela de preços mínimos de frete referentes ao quilômetro rodado, por eixo carregado. O Processo de Participação e Controle Social (PPCS) foi a solução encontrada pela Agência Reguladora para reunir propostas de regulamentação

com vistas a embasar o processo decisório.⁹ Não se pode dizer, portanto, que os agentes econômicos motivadores da edição da Medida Provisória nº 832, editada em 27 de maio de 2018, desconhecem totalmente os preços praticados no mercado em que atuam. Entretanto, deve-se rememorar que especialmente os transportadores autônomos têm dificuldades de entender e calcular seus custos.

Por outro lado, é descabido afirmar também que as empresas e cooperativas de transporte de cargas sofrem com a dificuldade de acesso às informações relevantes, uma vez que, se os transportadores autônomos, agentes com menos poder econômico, as possuem, agentes econômicos dotados de infraestrutura e poder econômico têm muito mais capacidade de colher informações sobre preço de fretes.

Deve-se pontuar também que, conforme mencionado no primeiro capítulo deste trabalho, as distorções ocorridas no mercado de transporte rodoviário de cargas foram causadas, em parte, pela capacidade dos transportadores autônomos de diminuir suas respectivas margens de lucro, prestando o serviço em troca de valores os quais não atendem os preços de custo, em prol de sua manutenção como agente econômico no mercado.

Conforme explicitado no capítulo anterior, o mercado brasileiro do transporte rodoviário de cargas conta com a presença de atravessadores. Esses agentes utilizam-se de forma intensiva de suas redes de contatos, composta de embarcadores e transportadores, para realizar a intermediação de fretes, algumas vezes, retendo percentual relevante do valor pago. Essa situação corriqueira faz com que o frete que efetivamente é pago ao transportador autônomo de carga seja bem mais baixo do que aquele que é pago pelos contratantes. Os aplicativos de intermediação de cargas têm importante papel na redução da assimetria de informações, ao colocar transportadores em contato com os embarcadores diretamente.

Nesse sentido, é imperioso ressaltar o surgimento de novas tecnologias, como as plataformas digitais que, por meio de aplicativos instalados em telefones celulares, conectam empresas produtoras e caminhoneiros autônomos de forma direta, diminuindo o papel dos embarcadores e agenciadores, possibilitando, assim, uma maior transparência

9 A Tomada de Subsídios nº 009/2018 recebeu contribuições entre o período do dia 20/06/2018 e do dia 03/08/2018. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/participacao_social/tomadas/0092018.html>. Acesso em 30 abr. 2019. A Tomada de Subsídios nº 19/2018 recebeu dezesseis contribuições entre o período de 13/12/2018 e 13/01/2019, conforme Relatório Final. Disponível em: <<https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=369>>. Acesso em 30 abr. 2019.

sobre o preço do serviço de transporte de cargas não só para os transportadores autônomos de cargas, como também para as empresas e cooperativas.

De forma sintética, os aplicativos funcionam reunindo várias ofertas de fretes disponibilizadas pelas empresas produtoras, acompanhado dos valores a serem pagos pelos serviços. O caminhoneiro, então, seleciona aquele serviço de seu interesse, otimizando o seu tempo e trabalho. Alguns aplicativos permitem uma negociação direta entre caminhoneiro e empresa.¹⁰

É importante salientar que tais aplicativos promovem uma redução da assimetria de informações. É possível comparar o impacto positivo das plataformas de transporte de cargas com aquele promovido pelas plataformas de transporte individual de passageiros. Segundo a Nota Técnica nº 39/2017/DEE/CADE, elaborada pelo Departamento de Estudos Econômicos da autoridade antitruste brasileira, as plataformas de transporte individual de passageiros, como a *Uber* e a *99Taxis* promovem a redução das imperfeições de mercado, em especial, a existência de informações assimétricas, uma vez que dados sobre a corrida são fornecidos ao consumidor, situação que não se acontecia com o uso de táxis comuns. O Departamento assim sintetiza:

24. Vale ressaltar que a primeira parte do estudo apresentado nesta nota técnica compreendeu uma extensa análise da literatura empírica sobre o impacto da entrada da *Uber* no mercado de transporte individual de passageiros. (...) a entrada da *Uber* e o aumento da concorrência no mercado trouxeram alguns benefícios para os consumidores (vide seção 2). Além disso, foi discutido que tais plataformas também propiciaram a redução de falhas de mercado, como das informações assimétricas relacionadas ao mercado de transporte individual de passageiros. Isso foi possível, por exemplo, porque os consumidores passaram a ter acesso prévio as informações relacionadas a corrida: como a previsão do preço, o percurso sugerido, o tempo de corrida, a avaliação do motorista e o tipo e modelo do veículo. Nesse sentido é importante ponderar que originalmente a regulação neste setor veio para tentar minimizar as falhas de mercado. Entretanto, como já explicitado, com introdução dos aplicativos do tipo *Uber* foi possível solucionar diversas dessas falhas sem necessidade de regulação (vide a questão do preço). Portanto, cabe refletir o tamanho ideal da regulação no setor. Na verdade, tendo em vista as inovações tecnológicas que são capazes de minimizar as falhas de mercado, faz sentido cada vez menos regulação neste mercado de transporte individual de passageiros. (...) (BRASIL. Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica nº 39/2017/DEE/CADE, 30 de outubro de 2017. Referência: Processo nº

10 TERRA. "Uber dos caminhoneiros": conheça o app que encontra cargas, online, 19 out. 2015. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/estradas/uber-dos-caminhoneiros-conheca-o-app-que-encontra-cargas,03b9150fe1c669e3fbdfd0802ec6357118a0w6no.html>>, <<https://revistacaminhoneiro.grupott.com.br/4570-2/>>. Acesso em 30 abr. 2019. VIVO. 6 aplicativos de cargas conectam empresas a caminhoneiros, online. Disponível em: <<https://destinonegocio.com.br/gestao/6-aplicativos-de-cargas-conectam-empresas-a-caminhoneiros/>>. Acesso em 30 abr. 2019.

08700.000924/2017-87. Disponível em:
<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLiu9u7akQA8mpB9yOga6sYPx-zVdZE9mniP_nGN9ZYEOAjLUQraO13nEdXPegV54qhH9WdPt2xe1DgYlwoJc5h7mBbQioCCvAyDWHy>. Acesso em 30 abr. 2019)

3.6.3. Terceira Falha de Mercado: Concentração econômica

A concentração econômica, terceira falha de mercado, impossibilita a atomização do mercado, ou seja, a existência de “um número razoavelmente elevado de compradores e vendedores” relacionando-se entre si, fazendo com que nenhum dos agentes adquira muita importância. A atomização, como fenômeno, permite o automatismo e a adaptabilidade a conjunturas adversas (NUSDEO, 2001, p. 146).

É importante lembrar que o operador do mercado será classificado como grande ou pequeno de acordo com a sua capacidade de influenciar as circunstâncias do mercado em que opera, em especial, a de determinar os preços (NUSDEO, 2001, p. 146). Dessa maneira, classificar-se-á o agente econômico de acordo com seu poder de mercado.

O sistema de produção baseado nos mercados pode encontrar maior eficiência quando presente a concorrência. Nesse sentido, a concorrência é uma qualidade dos mercados. Na busca por uma maior produção concomitante a uma diminuição de custos, os agentes produtores procuram novas tecnologias para obter ganhos de produtividade; nesse ínterim, os consumidores são favorecidos pela possibilidade de acessar novos produtos a preços menores (VIEGAS; MACEDO, 2010, p. 99-100).

Os mercados lesionados pela concentração econômica podem padecer com três ocorrências as quais intensificam esta imperfeição: economia de escala, monopólios ou oligopólios naturais e falhas estruturais. A economia de escala é uma possível potencializadora da concentração econômica, uma vez que torna ineficiente os mecanismos de funcionamento do mercado sustentados na atomização, possibilitando que a decisão econômica deixe de ser impessoal e objetiva e passe a originar-se do prazer de alguns agentes econômicos capazes de ditar os preços (NUSDEO, 2001, p. 149).

Os monopólios ou oligopólios naturais, característicos de alguns serviços públicos, também configuram-se como fatores geradores de concentração econômica (NUSDEO,

2001, p. 149). Esses arranjos naturais de aglomeração econômica estão relacionados com a subaditividade de custos. Essa expressão designa a ineficiência gerada pela produção compartilhada das quantidades necessárias entre os diversos produtores de um mercado, em razão da inexistência de um número expressivo de agentes operando em escala e escopo. Desse modo, o monopólio passa a ser desejável, pois gera uma eficiência maior (VIEGAS; MACEDO, 2010, p. 100).

O último fator potencializador da concentração econômica são as falhas estruturais as quais ocorrem quando há uma dissonância entre a estrutura inicialmente planejada para aquele mercado e a estrutura real do mercado, impedindo os mecanismos de decisão e controle do mercado atuarem (NUSDEO, 2001, p. 149-150).

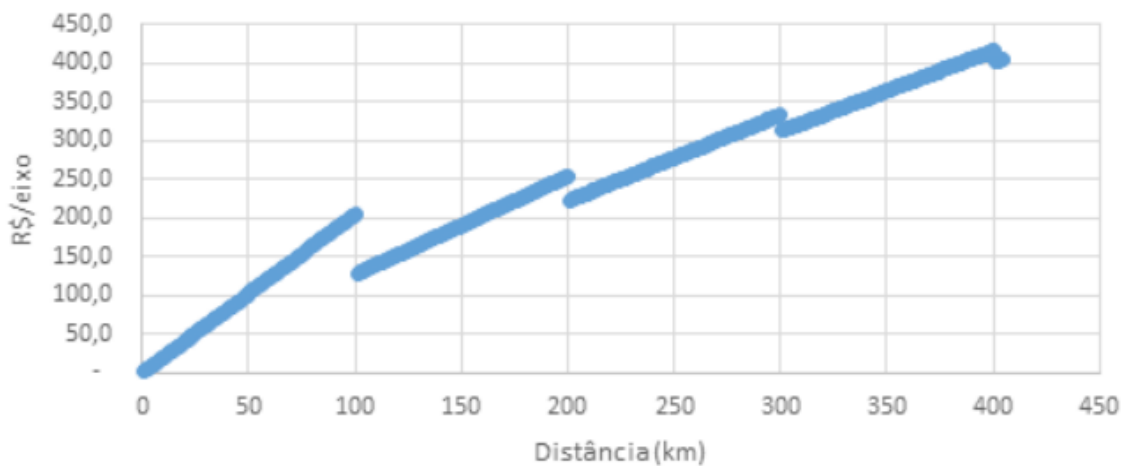
Os efeitos deletérios da concentração econômica são combatidos através de normas jurídicas as quais tutelam também a concorrência, com o fito de coibir práticas comerciais abusivas. No Brasil, destacam-se a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, atualmente revogada, que regulava a repressão ao abuso do poder econômico; a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994; e a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Ao debruçar-se sobre o mercado brasileiro de transporte de cargas, é possível afirmar que não se encontra a falha conhecida como concentração econômica. Como exposto anteriormente, quanto ao serviço de transporte de produtos agrícolas, em razão de sua homogeneidade, o mercado de transporte rodoviário de cargas é caracterizado pelo grande número de oferta e de demanda, possibilitando o surgimento da concorrência perfeita.

Inicialmente, tendo em vista o conceito de economia de escala como aquela em que "os custos unitários (médios) caem à medida que aumentam a dimensão e o nível de produção da empresa" (NOGAMI; PASSOS, 2016, p. 263), percebe-se que o mercado de transporte rodoviário de cargas pode comportar-se como uma economia de escala. Se os transportadores trabalharem com o mínimo de ociosidade, preenchendo a capacidade disponível no caminhão com carga, haverá aumento do nível de produção da empresa, *in casu*, aumento do número de serviços de transporte desenvolvidos, e diminuição dos custos unitários do serviço, potencializando os lucros.

Esse ponto é percebido quando se depara com a tentativa de estabelecer um piso mínimo do frete de acordo com a distância percorrida. Os intervalos de distância seguem uma continuidade quando comparados aos preços do frete. Caso a situação fosse representada em um gráfico em que o eixo das abcissas representasse a distância percorrida e o eixo das ordenadas representasse o valor do frete mínimo, seria possível notar pontos de quebra na curva, pois existem valores de referência para cada intervalo de distância,¹¹ como demonstrado no gráfico abaixo:

Figura 1 – Valores de frete mínimo (em R\$/eixo) em função da distância



Fonte: Agência Nacional de Transporte Terrestres. Nota Técnica SEI nº 108/2019/GERET/SUROC/DIR (Versão do Sistema SEI), 20 de março de 2019, p. 23.

Como pode se comportar como uma economia de escala, o mercado do transporte rodoviário de cargas ao sofrer intervenção econômica, por meio do estabelecimento de pisos impede a máxima eficiência.

Através da análise dos dados disponibilizados acerca do Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Cargas (RNTRC) é possível afirmar que o mercado brasileiro de transporte de cargas não possui imperfeições relacionadas à concentração econômica, como monopólios naturais e falhas de estrutura.

Cabe pontuar, todavia, que há um monopólio natural envolvido na prestação do serviço de transporte rodoviário de cargas. As rodovias configuram-se como monopólios

¹¹ BRASIL. Agência Nacional de Transporte Terrestres. Nota Técnica SEI nº 108/2019/GERET/SUROC/DIR (Versão do Sistema SEI), 20 de março de 2019. Referência: Processo nº 50500.302199/2019-63. p. 14 e 15. Disponível em: <<https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=378>>. Acesso em 30 abr. 2019.

naturais, uma vez que há transferência da administração daquele trecho para um agente econômico da iniciativa privada por um determinado espaço de tempo. A ANTT, em site institucional, afirma que:

Na concessão, o governo define a forma em que a iniciativa privada deve trabalhar: serviços, responsabilidades, condições, cronograma de realização, normas e regulamentos que devem ser seguidos, preços, formas de cobrança, etc. O Estado continua com autoridade sobre o empreendimento, fiscalizando o trabalho da concessionária. Ao final do prazo, a empresa devolve o patrimônio para o governo com todas as melhorias realizadas. Em contrapartida, a concessionária pode cobrar pedágio pela utilização das vias públicas. O valor é usado para custear as despesas de construção, manutenção, conservação e operação geral da rodovia. (Disponível em: <http://www.antt.gov.br/perguntas_frequentes/rodovias.html?diretorio=Concessoes_Rodoviaras&titulo=Concess%C3%B5es%20Rodoviaras&categoria=rodovia>. Acesso em 03 maio 2019.)

Desse modo, percebe-se que a falha de mercado dos oligopólios ou monopólios naturais, concernente às rodovias, resolvem-se com a gestão pública (via DNIT) ou as concessões rodoviárias e dizem respeito à infraestrutura do sistema rodoviário e não à prestação de serviço do transporte rodoviário de cargas. Situação semelhante àquela já exposta no tocante à imobilidade dos fatores produtivos referentes à estrada e aos postos de fiscalização.

A ANTT registra que, no ano de 2018, a frota de transportadores autônomos de carga (TAC) foi de 695.177, a de empresas de transporte de cargas (ETC) foi de 1.141.644 e a de cooperativas de transporte de cargas (CTC) foi de 24.177, totalizando 1.860.998. Em termos percentuais, os transportadores autônomos representam cerca de 37% da frota vigente naquele ano. Ainda segundo o mesmo documento, percebe-se que a frota vigente das CTC vêm crescendo a partir de 2011.¹²

Conforme dados fornecidos pela Agência Reguladora, percebe-se que o mercado de transporte de carga é muito pulverizado. O número de veículos pertencentes à frota por número de registros emitidos para cada categoria de transportador consegue demonstrar tal característica. As CTCs concentram o maior índice de veículos por registros, um total de 168,4; já os TACs concentram o menor índice 1,3. As ETCs

12 BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Registro nacional de transportadores rodoviários de cargas - RNTRC Série Histórica. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/2019/04/29/rntrc_serie_historica.pdf>. Acesso em 30 abr. 2019.

apresentam o índice de 7,6 o que significa que o mercado é constituído por pequenas e médias empresas.¹³

Segundo o Anuário Estatístico de Transportes 2010-2016, elaborado pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, no período compreendido entre os anos 2013 e 2016, houve um aumento da participação do transporte rodoviário de carga feito por empresas no total transportado em 6% (seis por cento).¹⁴

Percebe-se que em decorrência do grande número de agentes econômicos, há atomização do mercado, evitando a concentração econômica. Desse modo, não é cabível uma intervenção econômica no mercado brasileiro de transporte de cargas. Cabível, contudo, a regulação para a defesa da livre concorrência e da livre iniciativa com o fito de manter e preservar tais características.

3.6.4. Quarta Falha de Mercado: Externalidades

Como falhas de mercado, as externalidades dizem respeito ao fato de que, durante o desenvolvimento de uma atividade econômica, apenas excepcionalmente todos os custos e benefícios atrelados incidirão sobre a unidade produtiva. As externalidades são uma falha de sinal do mercado e equivalem às perdas e aos ganhos derivados do prosseguimento da atividade econômica os quais orbitam externamente o mercado. A imperfeição efetiva-se quando o arcabouço jurídico é incapaz de distinguir e conferir os custos e benefícios, precificando-os (NUSDEO, 2001, p. 151-153).

Nesta falha de mercado, o cálculo privado para o desenvolvimento de determinada atividade econômica não corresponde ao cálculo social para o desenrolamento dessa mesma atividade, uma vez que a primeira espécie de apuração não considera a integralidade de efeitos, positivos ou negativos, gerados pela produção do bem ou serviço (VIEGAS; MACEDO, 2010, p. 95-96).

A solução para a externalidade relaciona-se com o estabelecimento de direitos de propriedade. O Direito promove a internalização dos efeitos gerados às unidades

13 BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Tabela Transportadores – Frota de Veículos. Disponível em: <http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/20270/Transportadores___Frota_de_Veiculos.html>. Acesso em 04 jul. 2019.

14 MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES, PORTOS E AVIAÇÃO CIVIL. Anuário Estatístico de Transportes 2010-2016. Brasília, 2017, p. 27. Disponível em: <http://www.transportes.gov.br/images/2017/Sum%C3%A1rio_Executivo_AET_-_2010_-_2016.pdf>. Acesso em 30 abr. 2019.

produtivas respectivas. Como exemplo, pode-se citar a legislação ambiental, em que é possível se cobrar do agente econômico um preço pela unidade de substância contaminante lançada no meio ambiente (NUSDEO, 2001, p. 158 e 159; VIEGAS; MACEDO, 2010, p. 96).

Deve-se pontuar, entretanto, que mesmo a geração de externalidades positivas necessita de correção, visto que essa modalidade de falha acaba por beneficiar todos os produtores, indistintamente, levando a uma situação de subinvestimento na atividade produtiva (VIEGAS; MACEDO, 2010, p. 96).

É inegável a produção de externalidades negativas no mercado de transporte rodoviário de cargas, como, por exemplo, o congestionamento das vias públicas, a produção de poluentes atmosféricos, a geração de poluição sonora e os acidentes provocados ou que estejam envolvidos veículos de transporte de cargas, os quais atingem agentes fora do referido mercado. Todavia, assim como foi mencionado quanto à ausência de mobilidade dos fatores de produção, as externalidades negativas referem-se ao sistema brasileiro de transporte rodoviário, ou seja, não parecem ser cabíveis as intervenções econômicas para a minimização dessa falha de mercado. As externalidades negativas mencionadas podem ser diminuídas através de normas regulatórias de ordem técnica as quais visem à diminuição do impacto ambiental produzido pelo serviço ou através de incentivos, como a diminuição da carga tributária de caminhões menos poluentes.

3.6.5. Quinta Falha de Mercado: Suprimento dos bens coletivos

O suprimento dos bens coletivos configura-se como a última falha de mercado aqui estudada. Os bens coletivos são definidos como aqueles capazes de atendimento concomitante das necessidades de um determinado grupo, não se aplicando o princípio da exclusão no momento do seu uso ou consumo (NUSDEO, 2001, p. 160). Fábio Nusdeo afirma que “O exemplo mais absoluto de um bem coletivo, (...), é a defesa nacional. Com efeito, a proteção que ela traz a um cidadão é exatamente igual àquela proporcionada a qualquer outro membro da coletividade” (NUSDEO, 2001, p. 160).

Os bens coletivos não são veiculados de forma adequada pelo mercado, em comparação à produção dos bens exclusivos. A exacerbação dos bens exclusivos, em

detrimento dos bens coletivos, no entanto, faz surgir a falha de incentivo, no sentido de que o ente estatal se desliga da promoção da circulação e uso adequado dessa espécie de bem (NUSDEO, 2001, p. 161).

Por outro lado, a tragédia dos bens comuns é expressão que revela a consequência extrema desta falha de mercado. O uso desordenado e competitivo do bem propicia a ausência de estímulos para que os indivíduos os utilizam de forma harmoniosa (VIEGAS; MACEDO, 2010, p. 98).

O Direito Administrativo trata diretamente da implementação e disponibilização dos bens coletivos à população, ainda que sob a ótica da privatização (NUSDEO, 2001, p. 163). Ao realizar a definição dos direitos de propriedade, essa seara jurídica permite a ordenação do mercado de uso do bem coletivo, fazendo com que não haja consumo descontrolado (VIEGAS; MACEDO, 2010, p. 98).

Em relação ao mercado brasileiro de transporte de cargas, não é possível indicar a existência da falha de mercado conhecida como suprimento dos bens coletivos, uma vez que no referido mercado, inexistente essa espécie de bem. Ao tratar do serviço de transporte de cargas, os bens envolvidos são privados.

Após apresentação das cinco principais falhas de mercado, conclui-se que o Estado deve agir em harmonia com o mercado, compensando suas imperfeições sem, contudo, obstaculizar suas exigências de funcionamento, propiciando circunstâncias para operacionalidade e viabilidade, legitimando-o (NUSDEO, 2001, p. 165). As ferramentas regulatórias utilizadas para a correção das falhas de mercado visam à elaboração de uma estrutura de incentivos, de forma que há aproximação do resultado final ao cenário de concorrência perfeita (VIEGAS; MACEDO, 2010, p. 83).

No entanto, como depreendido da análise acima exposta, não se constata a existência de falhas de mercados no mercado de serviço de transporte rodoviário de cargas. Dessa maneira, como inexistente imperfeição de mercado a ser corrigida, torna-se descabida a regulação econômica, na modalidade interventiva, como a fixação de preços mínimos para a realização do frete.

3.7. OS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA DA ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Até o presente momento, neste capítulo foram estudados o conceito e os pressupostos da intervenção do Estado na atividade econômica. Neste último tópico, serão abordados os limites para a atuação estatal, os quais se sustentam em dois princípios previstos na Constituição Federal de 1988: o princípio da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência. A regulação econômica, caracterizada pelo intervencionismo, do qual é exemplo a fixação de preços, sofre limitações ao serem analisados os referidos princípios.

Os princípios constitucionais da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano, como explicado anteriormente, são fundamentais para a estruturação da ordem econômica (BARROSO, 2001, p. 189).

O princípio da livre iniciativa está previsto nos arts. 1º, inciso IV e 170, *caput*, do texto constitucional. Este corolário está profundamente relacionado ao conceito de liberdade, o qual, segundo Eros Grau desdobra-se em dois campos distintos, o da sensibilidade e o da acessibilidade:

(...) podemos descrever a liberdade como *sensibilidade* e *acessibilidade* a alternativas de conduta e de resultado. Pois não se pode entender como livre aquele que nem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento – aí a *sensibilidade*; e não se pode chamar livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonogado – aí a *acessibilidade*. (GRAU, 2018, p. 197)

A livre iniciativa, portanto, engloba a ideia de liberdade de empresa, veiculado pelo parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal, e a liberdade de contratar (BARROSO, 2001, p. 189-190). A liberdade de empresa, por sua vez, também é conhecida como liberdade econômica (GRAU, 2018, p. 198).

A atuação livre dos agentes econômicos no mercado, através da adoção ou não de comportamentos diante de seus concorrentes, com o fito de manter ou expandir suas respectivas parcelas de mercado e atingir a maior lucratividade possível é consequência desse princípio (BUCHAIN, 2018, p. 184). Contudo, como ressalta Eros Grau, a liberdade de iniciativa econômica absoluta não foi consagrada nem mesmo em seus primórdios (GRAU, 2018, p. 199).

Como explicitado, o mercado é uma criação do direito posto do Estado moderno, fazendo com que essa instituição fosse submetida, durante o nascedouro e desenrolamento, a uma regulação de ordem jurídica. Não se pode olvidar, por exemplo,

da importância da garantia ao direito da propriedade privada como pressuposto para a livre circulação de bens e serviços em um espaço. Segundo Barroso (2001, p. 189-190), o princípio da livre iniciativa pressupõe a existência de propriedade privada, previsto nos arts. 5º, XXII e 170, II, da CF/88. Desse modo:

Vale dizer: a visão de um Estado inteiramente omissivo, no liberalismo, em relação à iniciativa privada, é expressão pura e exclusiva de um tipo ideal. Pois medidas de polícia já eram, neste estágio, quando o princípio tinha o sentido de assegurar a defesa dos agentes econômicos contra o Estado e contra as corporações, a eles impostas. (GRAU, 2018, p. 199).

Diferencia-se, assim, a liberdade pública da liberdade de comércio e indústria. Enquanto a primeira caracteriza-se pela possibilidade de realização e desenvolvimento da atividade econômica em sentido estrito sem amarras do Estado, sendo as restrições impostas em decorrência de lei previamente definida; a segunda fundamenta-se na não intromissão estatal no domínio econômico (GRAU, 2018, p. 199). Essa segunda visão de liberdade de iniciativa será útil para o tema aqui tratado.

A liberdade pública é aquela que mais se aproxima da liberdade de produção e circulação de bens e serviços, como corolário da economia de mercado (BUCHAIN, 2018, p. 187). Nessa perspectiva, o “empresário deve ser o senhor absoluto na determinação do que produzir, como produzir, quanto produzir e por que preço vender” (BUCHAIN, 2018, p. 188). Essa concepção também relaciona-se ao direito que todas as pessoas têm de ingressar no mercado de produção de bens e serviços por sua conta em risco (CARVALHO FILHO, 2018, p. 969).

Por sua vez, a liberdade de comércio e indústria refere-se ao papel integrador do princípio da livre iniciativa, uma vez que, outras normas jurídicas, ao serem aplicadas na seara econômica, devem ser ajustadas de modo a garantir a materialização e efetividade do princípio (COMPARATO, 1991, p. 18).

O princípio da livre iniciativa, maior postulado do regime capitalista (CARVALHO FILHO, 2018, p. 969), envolve a ideia de livre concorrência (BARROSO, 2001, p. 189-190). Esse princípio, assim como o anterior, desdobra-se em liberdade privada e liberdade pública. A primeira materializa-se na possibilidade de obter parcelas da demanda, sem utilizar-se da concorrência desleal e da prática de ilícitos anticoncorrenciais. A liberdade pública, porém, consubstancia-se na atuação estatal marcada pela equidade, permitindo a

manutenção de um ambiente em que todos os agentes econômicos tenham iguais condições de concorrerem entre si (GRAU, 2018, p. 200).

A Constituição Federal prevê o princípio da livre concorrência em seu art. 170, inciso IV. A liberdade de concorrência não se relaciona a uma omissão do Estado pura e simples, com o fito de abandonar o desenvolvimento da atividade econômica pelos agentes privados. Como reiterado, diferentemente do que se imagina, a ordem econômica capitalista intervencionista relaciona-se com o objetivo de preservação do capitalismo (EROS, 2006, p. 75). O modo de produção capitalista típico do Estado Liberal é marcado por imperfeições as quais levam ao surgimento de monopólios e crises econômicas periódicas. Nesse sentido, o Direito Antitruste atua na repressão do abuso do poder econômico com o fito de estimular as condições para um mercado de concorrência perfeita.

O princípio da repressão dos abusos do poder econômico está previsto no art. 173, § 4º da Constituição Federal de 1988. O Estado é um importante ator na preservação do espaço concorrencial, garantindo o funcionamento da economia de mercado (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 25).

A concorrência perfeita é caracterizada pela presença de grande número de empresas, homogeneidade dos produtos, livre entrada e saída de empresas, maximização de lucros pelas empresas, livre circulação de informações e perfeita mobilidade dos fatores de produção. O preço do mercado é definido pela pressão entre a demanda, impulsionada pelos consumidores, e a oferta, garantida pelos produtores. Nesse cenário, todos os produtores são tomadores de preço, não possuindo poder de mercado, ou seja, não há possibilidade de aumento do preço acima do custo marginal de produção. Ainda, a concorrência perfeita permite o surgimento de dois efeitos positivos para a maximização do bem-estar: eficiência alocativa e eficiência produtiva. A alocação dos recursos satisfaz, da melhor maneira possível, os consumidores e produtores ao mesmo tempo em que há transação dos bens ao menor custo (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 31).

Percebe-se, portanto, que na economia de mercado, a livre iniciativa e a livre concorrência permitem a existência do maior número possível de agentes da iniciativa privada, sendo que todos concorrem entre si, almejando suprir a demanda dos

consumidores, o que gera diminuição dos preços e aumento da qualidade dos produtos (BUCHAIN, 2018, p. 186).

A repressão ao abuso do poder econômico, nesse sentido, permite a manutenção do nível de competição entre os agentes econômicos a fim de que, através da concorrência, o mercado alcance patamares mais elevados de eficiência econômica, beneficiando os consumidores (BUCHAIN, 2018, p. 189).

Caso confrontados os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, pode-se dizer que a livre empresa é mecanismo para o desenvolvimento da atividade produtiva pelos agentes da iniciativa privada, enquanto a defesa da concorrência é a ferramenta de qualidade jurídico estatal para sua defesa e manutenção (BUCHAIN, 2018, p. 188).

O Estado, ao explorar diretamente atividade econômica em sentido estrito e ao agir como regulador da atividade econômica, deve pautar-se pela obediência aos dois princípios elencados, pois esses constituem limites constitucionais à sua atuação na seara econômica (BUCHAIN, 2018, p. 190).

A fixação de preços constitui-se uma espécie de instrumento de controle direto a serviço do Estado na condução da política econômica. Essa categoria de intervenção visa a determinar elementos do sistema econômico. A atuação, nesses casos, se dá sobre o mercado (NUSDEO, 2001, p. 192-193).

O controle estatal de preços, como modalidade de intervenção econômica, só será dotado de legitimidade quando obedecer a um conjunto rígido de pressupostos, pois, como pode ser observado, a liberdade de fixação de preços, em conformidade com o mercado qualificado pela livre concorrência é a essência da livre iniciativa. Não é possível eliminar tal liberdade de maneira categórica, pois o que estar-se-ia fazendo seria a negação e não a ponderação dos princípios (BARROSO, 2001, p. 191-193).

Os pressupostos a serem seguidos são elencados por Fábio Konder Comparato: legalidade, igualdade e proporcionalidade. O primeiro requisito é de suma importância, pois ao ser instituído no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, permite afirmar que a lei deve estabelecer limites e parâmetros para a ação administrativo no tocante à formação de preços no mercado:

Uma lei que se reduzisse à atribuição de poderes ilimitados ao Governo para reduzir a liberdade de empresa pecaria duas vezes contra o sistema constitucional. De um lado, esse **bill** de plenos poderes não seria mera restrição à livre iniciativa, ou livre permanência no mercado, mas sim supressão dessa

liberdade. De outro lado, o legislador teria cometido, com uma tal lei, uma evidente delegação de poderes, proibida pela Constituição.(COMPARATO, 1991, p. 24)

A existência prévia de uma lei anterior configura-se como garantia constitucional, fazendo com que haja incongruência da regulação por meio de regulamentos administrativos ou medidas provisórias, caso ausente uma lei geral preconcebida. A igualdade de todos perante a lei é outro corolário, sendo necessária a instituição de igualdade em duas searas distintas: a formal e a material. Por fim, a proporcionalidade diz respeito à sintonia entre os meios e os fins almejados de determinada ação (COMPARATO, 1991, p. 25 e 26).

Barroso, ao debruçar-se sobre o tema, completa afirmando que o controle estatal prévio de preços ou a fixação estatal de preços privados pelo Estado configura inconstitucional quando em situação de normalidade, pois a Constituição Federal não permite o controle de preços como política pública (BARROSO, 2001, p. 208).

Nessa perspectiva, pode-se concluir que a atuação do Estado como agente fiscalizador e regulador do desenvolvimento da atividade econômica *stricto sensu* requer fundamento e justificativa compatíveis com a ordem econômica instituída pela Constituição Federal de 1988, na medida em que a livre iniciativa passou a ser princípio constitucional estruturante, enquanto a livre concorrência não deve ser vista como um fim em si mesma, mas sim como ferramenta para o alcance de outros princípios, como a dignidade da pessoa humana e a própria livre iniciativa (BUCHAIN, 2018, p. 182, 190-191).

Diante o estabelecimento de uma tabela com os preços mínimos de fretes referentes ao quilômetro rodado, por eixo carregado, para o transporte rodoviário de cargas, percebe-se um conflito com os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, os quais, repisa-se, são limites para a intervenção do Estado no domínio econômico.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em sua petição de apresentação de manifestação (40700/2018) em sede da ADI nº 5956¹⁵, apresentou seis prováveis consequências negativas que o tabelamento de preços tem o condão de causar. A primeira delas refere-se à mitigação da liberdade contratual e se relaciona a uma

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5956 (0072623-46.2018.1.00.0000). Requerente: Associação do Transporte Rodoviário de Carga do Brasil. Relatoria: Ministro Luiz Fux. p. 4. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5481962>>. Acesso em 05 abr. 2019.

atenuação da liberdade de iniciativa, nos campos da liberdade de comércio e indústria e da liberdade pública, de maneira que o estabelecimento de preços mínimos pelo Estado não permite que os agentes econômicos adotem comportamentos, em relação aos seus concorrentes, de acordo com suas especificidades, ou seja, seus respectivos preços de custo e expectativas de lucro.

A terceira, quarta e quinta consequências negativas elencadas relacionam-se à mitigação do princípio da livre concorrência e, conseqüentemente, ao afastamento da obtenção de um mercado marcado pela concorrência perfeita. A intervenção estatal ora tratada permite a redução da competitividade entre concorrentes, uma vez que, o preço artificialmente formado deixa de ser ferramenta de disputa no mercado, ou seja, os agentes da iniciativa privada passam a disputar fatias do mercado não mais pelo oferecimento do menor preço. Os exploradores da atividade econômica, como possuem uma expectativa de lucro, reduzem também os investimentos em inovação, fazendo com que haja queda de qualidade no oferecimento do serviço.

Por fim, a segunda e sexta consequências negativas, o incremento de custo na cadeia de formação de preço do serviço e o desvio de demanda para outros serviços similares constituem ineficiências econômicas as quais podem advir das anteriores já citadas, prejudicando, principalmente o elo mais frágil da cadeia de consumo, o consumidor. As empresas que se utilizam do transporte de cargas, ao se depararem com o tabelamento de preços mínimos, percebem o aumento do custo de produção e tendem a repassá-lo para o consumidor final. Por outro lado, algumas dessas empresas, numa tentativa de minimizar esse repasse, tendem a adotar outras alternativas de transporte de cargas, podendo optar por outros modos, como o ferroviário, o aéreo e o marítimo, ou integrar o serviço de transporte à própria cadeia de produção. Independente da solução adotada, haverá enfraquecimento do próprio mercado relevante de transporte rodoviário de cargas.

Não é necessário conceber um futuro muito distante para a ocorrência da sexta consequência negativa exposta, uma vez que a navegação de cabotagem, qualificada pela navegação entre portos do mesmo país, conquistou espaço como alternativa ao transporte de carga, sendo marcado por uma alta de 13% no primeiro semestre após o tabelamento dos preços de frete rodoviário.¹⁶ Por outro lado, a Cargill, empresa

16 SANTOS, Gilmara. Navegação costeira ganha espaço como opção de transporte de carga. Folha de São Paulo, online, 18 ago. 2018. Disponível em:

exportadora de grande relevância no mercado nacional, anunciou que avalia a criação de uma frota própria em decorrência do desequilíbrio dos contratos de transporte causado pela ação interventiva.¹⁷

A partir das considerações realizadas, pode-se ponderar que o estabelecimento de preços mínimos no transporte rodoviário de cargas, de acordo com a Medida Provisória nº 832, de 27 de maio de 2018, convertida na Lei nº 13.703, de 08 de agosto de 2018 enfrenta alguns impasses para sua aplicação no contexto da atual ordem econômica. O controle de preços promovido pelo Estado, como mecanismo de intervenção por direção, tem como requisito essencial a existência de uma das falhas de mercado e como limite constitucional os princípios específicos da livre iniciativa e da livre concorrência. Para além dessa visão inicial, como foi exposto, a legitimidade da medida interventiva necessita atender os princípios gerais da legalidade, da igualdade e da proporcionalidade. Através dos pressupostos depreendidos da doutrina elaborada por Eros Grau e Fábio Nusdeo, não se pode concluir que haveria possibilidade de regulação econômica, na modalidade fixação de preço, pois os requisitos dessa modalidade, consistentes em imperfeições do mercado, não foram materializados e os limites constitucionais não foram rigorosamente observados.

No próximo capítulo deste trabalho, será descrita a modalidade de regulação cabível na atividade econômica em sentido estrito: a regulação específica voltada à defesa da livre concorrência, nos moldes propostos por Calixto Salomão Filho, com o fito de apresentar que a regulação econômica promovida pelo Estado, por meio da intervenção direta não encontra amparo na teoria regulatória econômica estudada.

<<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/08/navegacao-costeira-ganha-espaco-como-opcao-de-transporte-de-carga.shtml>>. Acesso em 01 maio 2019.

17 SAMORA, Roberto. Cargill diz que tabela do frete afeta negócios e avalia frota própria. Reuters, online, 24 jul. 2018. Disponível em: <<https://br.reuters.com/article/topNews/idBRKBN1KE2AF-OBRTTP>>. Acesso em 01 maio 2019.

4. DA REGULAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO

4.1. OS PRINCÍPIOS DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO E DA LIVRE INICIATIVA EM FACE DO ASPECTO SOCIAL DA LIBERDADE

No capítulo anterior, tratou-se de dois princípios caros à ordem econômica brasileira, o da livre iniciativa e o da livre concorrência, como limites constitucionais à regulação da economia, na modalidade conhecida como intervenção. No presente capítulo, serão retomados esses dois princípios e esmiuçado o princípio da valorização do trabalho humano sob a perspectiva social da liberdade, com o fito de compreender como se relacionam em outro ponto na escala da regulação econômica, qual seja, a regulação da defesa da concorrência.

Retomar a leitura do art. 170 da Constituição Federal de 1988 possibilitará entender que os mencionados princípios carregam valores caros às espécies de regulação econômica, como a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, dispostos no *caput*, e a livre concorrência, prevista no inciso IV.

A valorização do trabalho humano está indicada como fundamento da República Federativa do Brasil no art. 1º, IV, da Constituição Federal de 1988 e como elemento fundador da ordem econômica brasileira no art. 170, *caput*, do mesmo diploma, o que destaca sua importância. O trabalho, através desse princípio político constitucional, passa a receber uma proteção politicamente racional do Estado, pois, como se sabe, em razão da não convergência dos interesses dos titulares do capital e dos titulares do trabalho faz-se necessária a atuação estatal no sentido de conciliá-los e compô-los (GRAU, 2018, p. 193-195).

De maneira sintética, é possível afirmar que a atuação estatal na seara econômica, segundo o princípio da valorização do trabalho humano, volta-se à criação e à melhora das condições para geração do trabalho. Os indivíduos devem encontrar-se inseridos no mercado e terem seus respectivos trabalhos, pois “é por meio do trabalho que o indivíduo de forma digna participará da repartição das riquezas dentro do mercado” (BAGNOLI, 2013, p. 77).

Desse modo, a fim de se obter a valorização do trabalho humano, devido ao conflito entre capital e trabalho, o Estado necessita atuar para atender aos requisitos de cada atividade laborativa. A promoção da conciliação desse conflito, contudo, deve levar

em consideração outros princípios constitucionais, como o princípio da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência.

O art. 1º, IV, da CF/88 expressa os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa de maneira conjunta. À primeira vista, pode parecer que tais valores encontram-se em oposição, contudo, não é isso que ocorre. Eros Grau ensina que “a *livre iniciativa* não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso” (GRAU, 2018, p. 196). Nesse sentido, o desenvolvimento das atividades econômicas *lato sensu* deve estar lastrado na “busca da existência digna de toda a coletividade” (BAGNOLI, 2013, p. 77).

A atuação estatal, referente à livre iniciativa, circunscreve-se à criação de condições a fim de que os agentes econômicos atuem nos mercados. O Estado atua em duas frentes distintas: garantindo a segurança jurídica para os agentes empreenderem a partir da racionalidade e concebendo a infraestrutura essencial para os empreendimentos. Ambas as frentes de atuação permitem a circulação de riquezas (BAGNOLI, 2013, p. 77).

Importa destacar que a Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica confere proteção à livre iniciativa e ao livre exercício da atividade econômica. O art. 4º do referido ato normativo estabelece como dever da Administração Pública e demais entes evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente, criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes (inciso I); redigir enunciados os quais impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado (inciso II); redigir enunciados os quais impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco (inciso V); aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios (inciso VI); e criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço, ou atividade profissional (inciso VII).

Dessa maneira, se analisadas as consequências deletérias da instituição da política de preços mínimos de frete rodoviários, percebe-se que a fixação de preços vai em direção contrária à ideia de livre iniciativa e ao livre exercício da atividade econômica conforme exposta pela Medida Provisória nº 881/2019.

Por fim, a livre concorrência pressupõe “desigualdade ao final da competição, a partir, porém, de um quadro de igualdade jurídico-formal” (GRAU, 2018, p. 204), ou seja, o

Estado atua no sentido de garantir a segurança jurídica, por meio da proteção jurídica dos contratos e do direito à propriedade, a todos os agentes econômicos, com o fito de permitir um patamar de igualdade. Contudo, através do próprio processo competitivo, característico dos mercados, os mesmos agentes econômicos encontrar-se-ão em patamares distintos, uns com lucro, outros com prejuízos.

Durante o processo competitivo entre os agentes econômicos, o princípio da livre concorrência atua como um farol para aqueles que se dedicam ao desenvolvimento da atividade econômica, ao lado de outros princípios igualmente relevantes, como a defesa do meio ambiente e a defesa do consumidor, elencados nos incisos do art. 170 da Constituição Federal (VAZ, 1993, p. 101).

Cabe sublinhar que a já referida Medida Provisória nº 881/2019 confere também proteção à livre concorrência. O art. 3º, inciso III, do ato normativo afirma que configura-se como direito de toda pessoa, seja natural, seja jurídica, que são essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômico do país, não ter restringida, por qualquer autoridade, sua liberdade de definir o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda no mercado não regulado, ressalvadas as situações de emergência ou de calamidade pública, quando assim declarada pela autoridade competente. Nesse sentido, a política de preços mínimos de frete rodoviários encontra impasses quando analisada tal inciso.

Reflexo do princípio da livre concorrência é a edição da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que tem como um dos objetivos a preservação do modo de produção capitalista, através da repressão aos abusos do poder econômico. Como o mercado não se estrutura em favor do elo mais frágil da cadeia da atividade econômica, qual seja, o consumidor, faz-se necessária a repressão de atos abusivos (GRAU, 2018, p. 205 e 206). Deve-se destacar, no entanto que a livre concorrência, como princípio, não se confunde com a repressão ao abuso do poder econômico, como norma. O primeiro é mais amplo e tem prevalência sobre a segunda (VAZ, 1993, p. 101 e 283). Nesse sentido, a punição de uma empresa ou de seus dirigentes não promove o esgotamento da norma e muito menos do princípio, pois:

Empresa e empresário estão convocados a participar de uma ação positiva, o exercício das atividades econômicas, agora impregnadas da natureza teleológica definida pelo constituinte: “assegurar a todos existência digna”, observando os princípios gerais enumerados. (VAZ, 1993, p. 283)

O desdobramento da livre concorrência como instituição e como norma balizadora para a fiscalização e repressão de comportamentos de agentes que abusem do poder econômico é sublinhado por outros autores. Calixto Salomão Filho afirma a essencialidade da harmonia das relações econômicas, garantida através da concorrência, para toda e qualquer interação de cunho econômico:

Colocar a concorrência como garantia institucional mínima do sistema econômico tem uma consequência muito relevante. A afirmação da concorrência como valor mínimo garante a liberdade de escolha e informação o mais abundante possível para o consumidor. A ele caberá descobrir a solução mais adequada para suas necessidades.

(...)

Garantindo a instituição (concorrência) e seu efetivo desenrolar através de regras comportamentais, pretende assegurar que os agentes econômicos coordenem suas relações de forma mais justa. O equilíbrio das relações econômicas, ponto de partida inicial para qualquer interação econômica, é fundamental. (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 158 e 159)

A Carta Magna almeja a construção de um modelo eficiente de concorrência, “compatível com as ‘impurezas’ e as ‘imperfeições’ do mercado, mediante a utilização, se necessário, das regras jurídicas e das instituições para aquele fim criadas” (VAZ, 1993, p. 101). Nesse sentido, a regulação concorrencial, lastreada no princípio constitucional, surge como um mecanismo para que os agentes da iniciativa privada orientem seus comportamentos:

É exatamente isso que procura fazer a teoria jurídica do direito concorrencial. Garantindo a instituição (concorrência) e seu efetivo desenrolar através de regras comportamentais e estruturais (que são procedimentais na medida exata em que não impedem um resultado, efeito ou comportamento, mas apenas garantem que o relacionamento entre os concorrentes se dê de forma leal e equânime, sem prevalência de uns sobre outros), essa teoria pretende assegurar a possibilidade de os agentes econômicos coordenarem suas relações da forma mais justa e eficiente.

A possibilidade de efetiva competição é, portanto, um valor fundamental para a regulação. Na sua aplicação deve o Estado agir com energia, garantindo a efetiva existência da concorrência. (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 40)

Como destacado por Salomão Filho, no trecho supratranscrito, a atuação estatal tem papel importante, uma vez que visa a assegurar a concreta existência da concorrência. As ferramentas estatais, assim, devem ser capazes de promover a

prevenção, a apuração e a repressão dos abusos do poder econômico (VAZ, 1993, p.101).

Cabe pontuar que, no presente tópico, interessa a livre iniciativa em sua face de liberdade de comércio e indústria e a livre concorrência como liberdade pública, ou seja, como a materialização da neutralidade estatal perante a manifestação concorrencial (GRAU, 2018, p. 199 e 200). Como esses princípios encontram-se profundamente ligados, pois “a liberdade de iniciativa implica a liberdade de concorrência e vice-versa” (FORGIONI, 1998, p. 228), é necessário analisar seus pontos de contato.

Pela breve caracterização acima realizada dos três princípios, pode-se afirmar que a liberdade de iniciativa constitui-se um valor social, na medida em que, a sua perpetuação depende não só de regulação, como também de condução pela autoridade governamental (FORGIONI, 1998, p. 229). Nesse ponto, deve-se rememorar que os mercados são instituições jurídicas criadas pelo Estado Moderno e, como tais, seu desenvolvimento depende da contínua atuação estatal. Como criações do Direito, os mercados não rechaçam totalmente a ideia de atuação estatal, apenas reclamam atuações do Estado em doses e momentos certos.

Dessa maneira, a ideia de que liberdade de iniciativa e de concorrência se opõem frontalmente à intervenção estatal não encontra abrigo na melhor doutrina. A regulação em prol da concorrência permite que o Estado atue corrigindo comportamentos os quais acarretariam prejuízos à concorrência e contendo a atuação dos agentes no mercado, com o fito de concretizar uma política pública (FORGIONI, 1998, p. 230). O *modus operandi* de ambos os princípios pode ser assim sintetizado:

Em conclusão, quando a autoridade antitruste autoriza ou coíbe um determinado comportamento do agente econômico, está justamente atuando o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, tal qual modernamente concebidos. (FORGIONI, 1998, p. 230)

A regulação específica da defesa da concorrência utiliza-se da análise dos dois princípios apresentados para compreender a existência ou não do abuso da posição dominante de maneira muito peculiar. São indicadores muito sensíveis os quais podem levar o regulador a subsumir determinado comportamento do agente econômico à norma de maneira errônea:

Em resumo: só podemos dizer que um agente econômico abusou da posição dominante que detinha se prejudicou a livre concorrência ou a livre iniciativa ou aumentou arbitrariamente seus lucros. Caso contrário, trata-se de um ato que não há de ser sancionado pela Lei Antitruste. Outra exegese nos conduzirá à absurda possibilidade de condenação, per se, de todo e qualquer ato praticado por empresa em posição dominante, conforme o livre entendimento da autoridade antitruste. (FORGIONI, 1998, p. 233)

Como os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência são utilizados para orientar o julgador a decidir pela prática ou não de ilícito concorrencial, é possível afirmar que os princípios norteadores da legislação antitruste brasileira coincidem com as diretrizes previstas na Constituição Federal, no título da Ordem Econômica e Financeira (VAZ, 1993, p. 283).

Através deste primeiro tópico, percebe-se que a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a livre concorrência são princípios que carregam valores institucionais caros tanto para a regulação econômica na modalidade interventiva, quanto para a regulação voltada para a defesa da livre concorrência. Para a primeira espécie de regulação, como visto em capítulos anteriores desta monografia, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência atuam como limites constitucionais. Já para a segunda espécie de regulação, os mesmos princípios funcionam como guias basilares: a livre iniciativa é um valor social que faz com que o Estado venha a preencher os requisitos mínimos para os agentes atuarem no mercado e a livre concorrência almeja a assegurar o equilíbrio das relações econômicas, permitindo que os agentes de mercado organizem suas relações de maneira mais justa ao mesmo tempo reprimindo os abusos de poder econômico. Em ambos os casos, a valorização do trabalho humano atua como norte para a atuação do Estado que deve buscar a instituição e a melhoria de condições de trabalho com o objetivo de diminuir as consequências negativas geradas pelo conflito entre titulares do capital, de um lado, e titulares do trabalho, de outro.

Apesar de os princípios constitucionais serem, aparentemente, díspares, a regulação deve estar em harmonia com eles (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 36). A caracterização de cada espécie de regulação econômica permitirá compreender que os referidos princípios não são tão dessemelhantes quanto aparentam, ao contrário, formam uma combinação coesa.

4.2. DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO ECONÔMICA

Este subtópico visa descrever a espécie de regulação concernente à atividade econômica em sentido estrito, ou seja, a regulação característica voltada à defesa de um dos princípios constitucionais estruturantes da ordem econômica, qual seja a livre concorrência. Inicialmente, serão realizadas algumas considerações acerca da origem, do desenvolvimento e da natureza e objetivos dessa modalidade de regulação tão única, para que, posteriormente sejam expostas observações sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

4.2.1. Da origem

A regulação promovida em prol da livre concorrência não se afasta da ideia exposta nos capítulos anteriores sobre a regulação jurídica. Como criações do direito posto pelo Estado Moderno, os mercados são compatíveis e dependem, de maneira imprescindível, da regulação jurídica (FRAZÃO, 2017, p. 78). Desse modo, como é possível perceber, a discussão travada neste trabalho de conclusão de curso não versa sobre a inexistência de regulação, mas visa delinear a maneira, a intensidade e os objetivos que a regulação pode se manifestar no campo das atividades econômicas em sentido estrito. Apesar da árdua tarefa de responder tais questionamentos, Ana Frazão assim adverte:

“(...) mercados não são dados naturais ou espontâneos, mas sim construções sociais que decorrem de uma complexa somatória de interações entre os seus participantes públicos e privados – cujos propósitos são normalmente de difícil e imprecisa identificação – conformadas, mediadas, influenciadas ou determinadas por uma série de práticas, instituições e regras sociais e jurídicas (...). Exatamente por isso, nunca houve (e continua não havendo) consenso sobre o que seria o regular funcionamento dos mercados ou os níveis ideais de concorrência” (FRAZÃO, 2017, p. 33)

Conforme pontuado no primeiro capítulo desta monografia, que versa sobre os modelos paradigmáticos do Estado Moderno, desde o liberalismo econômico, marcante do primeiro modelo paradigmático, os intelectuais defendiam a existência de leis antitrustes com o fim de reprimir o abuso da liberdade de iniciativa, proteger os consumidores e, em certa extensão, defender a democracia (FRAZÃO, 2017, p. 33 e 78).

As normas atuariam impedindo as crises cíclicas e as distorções econômicas do modo de produção do sistema capitalista por meio do combate ao abuso do poder econômico e da resolução de conflitos entre setores produtivos.

O processo de industrialização impulsionado principalmente pela Segunda Revolução Industrial promoveu a possibilidade das empresas privadas modificarem o funcionamento dos mercados, levando à necessidade de criação de regras que impedissem tal atuação. Deve-se ter em mente que a Segunda Revolução Industrial, diferentemente da Primeira, baseou-se na indústria química, siderúrgica e petrolífera. Essas atividades econômicas necessitam de grandes concentrações de capital para sua realização, ou sejam necessitam de grandes economias de escala. Nesse sentido, a concentração de capital potencializa o acordo de concorrentes e a prática de condutas anticompetitivas, principalmente nessas indústrias (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 20).

Ao lado da concentração de capital para o desenvolvimento das referidas atividades econômicas, a formação de mercados nacionais e internacionais e os embates entre os setores produtivos, em especial a dissonância entre o capital e o trabalho, constituem fatores os quais permitiram o início dos debates acerca de normas destinadas a conduzir o exercício do poder econômico (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 20 e 21).

Como o uso abusivo do poder econômico pelos agentes da iniciativa privada provocava consequências que repercutiam no âmbito público, era necessário controlar esse poder com o fito de refrear práticas abusivas. Nesse sentido, nos Estados Unidos, foi editado em 1890 o *Sherman Act*. Como marco do início da legislação antitruste, é um diploma que não se opõe ao liberalismo econômico daquele século, ao contrário, permite proteger o sistema econômico das distorções que ele mesmo cria (FRAZÃO, 2017, p. 31 e 78). As normas pró-concorrenciais atuam, então, protegendo o sistema de produção capitalista de suas próprias disfunções.

O *Sherman Act*, desse modo, permitiu o reequilíbrio das relações econômicas, ao promover a concorrência como um fim em si mesma e a dissolução do poder de mercado entre vários agentes econômicos (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 137).

Como se pode perceber, a regulação jurídica e a origem da defesa da concorrência como valor institucional para a garantia do bom funcionamento dos mercados foi um

processo coordenado pelo Estado Moderno, desde o seu surgimento. A criação de mercados pela ingerência estatal é ainda mais evidente em nosso país, pois, como destacado nos capítulos anteriores desta monografia, o Estado inicia sua atuação na seara da atividade econômica *lato sensu* para garantir a segurança e a efetividade da troca de bens e serviços. Em seguida, o Estado Regulador, modelo paradigmático também apresentado, promove o afastamento da prestação ativa de diversos bens e serviços, deslocando-os para os agentes econômicos privados, sem abandonar completamente alguns campos da atividade econômica, regulando-os e fiscalizando-os. Conclui-se, portanto, a partir das exposições realizadas, que a atuação e a intervenção do Estado no Brasil foram essenciais para a criação dos mercados.

A atuação e, conseqüente intervenção, do Estado brasileiro no período de criação e desenvolvimento dos mercados será explicada adiante. Segundo Francisco de Oliveira, o Estado brasileiro visou à criação de bases a fim de que a acumulação capitalista industrial, no campo das empresas, conseguisse se reproduzir (1981, *apud* CARVALHO, 2010, p. 41). Desse modo, o mercado brasileiro, como construção jurídica estatal, sofreu interferências para que, posteriormente, o processo de acumulação de capital se desse independentemente da atuação do Estado.

Firmadas as bases para a acumulação de capital pelos agentes econômicos privados, posteriormente, iniciou-se um movimento de desregulação. A desregulação, como movimento, justifica-se pela constatação de que a reprodução de um mercado perfeitamente competitivo constitui um ideal que não será alcançado na realidade (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 29). Como o mercado perfeitamente competitivo torna-se aspiração fictícia, os defensores dessa corrente de pensamento propugnam pela redução da direção estatal da seara econômica.

O processo de desregulação é marcado pela substituição da regulação hierarquizada, tipicamente, centrada no “controle de preços, entrada e qualidade dos serviços, pela livre competição no mercado como instrumento regulatório” (CARVALHO, 2010, p. 54). Nesse sentido, desregulação não significa a eliminação da regulação, apenas refere-se à “diminuição de apenas uma dimensão da regulação estatal, que é a que procura dirigir o mercado ou impor compensações pelos benefícios garantidos pelo Estado para quem nele opera negócios” (ARANHA, 2015, p. 104).

Dessa maneira, vê-se que se em um primeiro momento, o Estado promove a atuação e a intervenção no domínio econômico para criar e sustentar o mercado permitindo que a iniciativa privada acumule capital suficiente para conduzir algumas atividades econômicas. Em um segundo momento, há um afastamento da atuação estatal no domínio econômico, que não é completo, para conduzir o mercado apenas no tocante à imposição de compensações. Pode-se afirmar, então, que a atuação estatal durante esse período teve um movimento pendular.

Torna-se necessário, entretanto, analisar o processo da desregulação em perspectiva, para que se compreenda o real sentido que esse movimento ganhou no Estado Brasileiro.

Nos Estados Unidos, com a supremacia da Escola de Chicago e a priorização da eficiência econômica em detrimento à competitividade, a partir da década de 1970, o movimento de desregulação dos serviços de infraestrutura ganhou força (CARVALHO, 2010, p. 56).

Os setores de transporte, em especial o aéreo e o ferroviário, e de telecomunicações foram os mais afetados pelo processo de desregulação nos Estados Unidos nas décadas de 1970 e 1980. As tarifas, que antes eram fixadas pelo governo, passaram a ser definidas pelas empresas privadas, em regime de liberdade tarifária. Houve também maior liberdade quanto à entrada de novos agentes econômicos no setor e liberação de rotas (MOTA, 2009, p. 176). Nesse sentido, pode-se afirmar que a intenção desse movimento “era a melhor qualidade na prestação do serviço, juntamente com a diminuição dos preços cobrados pelo serviço, o que em última análise beneficiaria o usuário ou consumidor final” (MOTA, 2009, p. 177).

Se antes a regulação visava à criação de um ambiente sem falhas de mercado, com a Escola de Chicago, a regulação perdeu seu sentido anterior. A regulação tradicional afasta-se da cena, permitindo o ingresso da análise de eficiência (CARVALHO, 2010, p. 56).

Contudo, devido à importância cedida às análises de eficiência, até mesmo a regulação derivada da existência das falhas de mercado é vista com reservas por esse movimento teórico. A Escola de Chicago defende a redução da atuação estatal e a desregulamentação da seara econômica, adotando uma posição contrária àquela que incentiva “instituições de monitoramento e coordenação estatais” (CUNHA, 2018, p. 621).

A referida corrente de pensamento oferecerá as bases principiológicas para a Teoria Econômica da Regulação e a Teoria da Captura:

Segundo elas, a busca do interesse público por meio do emprego da regulação muito provavelmente induziria a uma intromissão desmedida e possivelmente danosa do Estado, pois os agentes públicos ou não deteriam meios e competência suficientes para fazê-lo de forma eficiente ou, ainda que o tivessem, agiriam imbuídos de interesses individualistas maximizadores de suas próprias utilidades, o que abriria espaço para a ocorrência de falhas de governo, ou falhas regulatórias (OGUS, 2004). Diante dessa ameaça, qualquer regulação é vista, de antemão, como ineficiente. (CUNHA, 2018, p. 621)

A Escola de Chicago, como movimento teórico refletir-se-á no Brasil por meio da privatização dos setores de infraestrutura. Nesse contexto, as concessões dos serviços públicos, por exemplo, permitiram a materialização da estratégia privatizante. No entanto, as privatizações preocuparam-se de sobremaneira com a dimensão financeira, não atentando-se aos aspectos sociais e institucionais dos setores (CARVALHO, 2010, p. 57-60).

A privatização, em tese, permitiria a saída do Estado do campo empresarial, fazendo-o abandonar as funções de produtor e distribuidor de bens e serviços; liberando-o para a execução do seu papel regulatório dos serviços públicos (CARVALHO, 2010, p. 60). Desse modo, pode-se afirmar que, através do processo de privatização, a atuação estatal por meio das atividades econômicas em sentido estrito, tal como definida por Eros Grau, é reduzida.

A reforma regulatória, no Brasil, faz com que o conceito de regulação afaste-se da concepção norte-americana dos anos de 1930 e se aproxime daquela praticada no final da década de 1970, sob a perspectiva da Escola de Chicago. O processo regulatório nacional, assim, não foi concebido em torno de uma dinâmica de intervenção do Estado nas atividades econômicas privadas com o fim de dirigi-las a efetivação de metas socialmente determinadas, ao contrário, esse processo encontra-se associado à conquista de espaço do mercado na “determinação dos critérios de alocação da riqueza social” (CARVALHO, 2010, p. 62).

Conclui-se, portanto, que a regulação brasileira é fruto da estratégia privatizante e da liberalização de setores da infraestrutura, não se alinhando ao sentido de aumento da intervenção do Estado sobre a economia (CARVALHO, 2010, p. 62). Dessa maneira, a regulação não configura-se como mero agigantamento da pressão sobre a economia ou

manipulação das ferramentas de intervenção, intervenção por direção e intervenção por indução, respectivamente. Vinícius Marques de Carvalho sintetiza o espírito da reforma regulatória no país:

“As reformas regulatórias com as características da brasileira, em que prevalece a delegação de poderes para uma instituição autônoma com dirigentes com mandato fixo, não assentam sua legitimidade em políticas distributivas, mas sim na busca de eficiência” (CARVALHO, 2010, p. 64).

No atual cenário, as agências reguladoras, como instituições, pautam-se pela eficiência, ou seja, pela perquisição da correção de falhas de mercado geradores de ineficiência. As falhas de mercado, como estabelecido anteriormente, constituem pressuposto inafastável para a intervenção estatal sobre a economia. Assim, inexistentes falhas de mercado, descabida a regulação econômica através da intervenção. Neste ponto, em que as falhas de mercado não se configuram, a concorrência entra em cena como ferramenta para garantir o bom funcionamento do mercado (CARVALHO, 2010, p. 69).

Cabe pontuar que não se está comparando as modalidades de regulação econômica por meio da intervenção estatal e a regulação específica promovida pela defesa da concorrência com o intuito de decidir qual delas é superior, em termos absolutos. Ao contrário, não existe uma receita única para o melhor arranjo regulatório. Devido à existência de peculiaridades de cada setor, é necessário pensar qual arranjo é mais adequado para o mercado em questão, no período histórico em que se faz a análise, ao mesmo tempo em que deve-se ter em mente que a intervenção estatal tem a capacidade de gerar impactos negativos os quais podem reduzir a concorrência (VIEGAS; MACEDO, 2010, p. 102, 106 e 107). Realizadas essas considerações, pode-se afirmar que a análise das particularidades do setor pode iniciar-se com um exercício simples, classificando a atividade econômica desenvolvida como atividade econômica *lato sensu* ou *stricto sensu* e identificando quem são os agentes econômicos atuantes. Outro exercício a ser realizado refere-se à verificação se o arranjo regulatório escolhido atende aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência como limites constitucionais ou guias.

Este trabalho de conclusão de curso tem o objetivo de analisar a fixação de preços mínimos para o transporte rodoviário de cargas no Brasil, de acordo com as diferentes

perspectivas de regulação econômica que vão desde a intervenção estatal, marcante nos serviços públicos e no desenvolvimento de atividades econômicas em sentido estrito pelo Estado, até a regulação específica da atividade econômica *stricto sensu* desenvolvidas pela iniciativa privada, a defesa da livre concorrência. Até o presente capítulo, percebe-se a inexistência de alguns dos pressupostos para a aplicação no mercado estudado da primeira modalidade de intervenção estatal. Como atividade econômica *stricto sensu*, desenvolvida por agentes econômicos privados, a prestação do serviço de transporte de cargas, segundo o arcabouço teórico estudado, sujeita-se à segunda ferramenta de regulação econômica, a defesa da concorrência, normatizada pelo Direito Antitruste, o qual abrange o controle de condutas e controle de estruturas.

Passa-se a analisar com mais vagar o desenvolvimento desse segundo aspecto da regulação específica com o fito de mostrar sua conformidade às qualidades das atividades econômicas em sentido estrito.

4.2.2. Do desenvolvimento

Inicialmente, cabe afirmar que o Direito Antitruste utiliza-se de teorias econômicas com o fim de descrever o funcionamento dos mercados, analisando sua estrutura. Neste momento, expor-se-á diferentes critérios de estudo para demonstrar a evolução dessa espécie de regulação. De acordo com cada teoria econômica, haverá uma análise distinta:

A aplicação das normas antitruste toma por base teorias econômicas elaboradas para explicar e prever o funcionamento dos mercados a partir de sua estrutura, isto é, de fatores como o processo de produção, as características da demanda e da oferta, da distribuição, entre muitos outros, apontando como esses fatores influenciam o processo de concorrência. (NUSDEO, 2006, p. 163)

Os critérios econômicos, durante longo período do desenvolvimento da defesa da livre concorrência, foram utilizados como padrões de análise para a intervenção nos mercados das atividades econômicas *stricto sensu*. Esses critérios estão relacionados ao surgimento da escola de economia neoclássica, no final do século XIX. A referida escola, apesar de não se basear no equilíbrio automático dos mercados, como a antecessora, escola clássica, tinha como conceito basilar a teoria de que o ser humano, assim como as

empresas, é um agente econômico racional maximizador de bem-estar, relacionando-se à ideia de Estado Liberal já exposta (FRAZÃO, 2017, p. 79-80).

A racionalidade econômica dos agentes de mercado reflete-se no uso da matemática para compreensão da realidade. Pareto, como representante deste movimento, “propôs-se a elaborar uma teoria do equilíbrio entre os interesses dos agentes econômicos, a serem verificados em razão das utilidades que a transação econômica trazia para cada um” (FRAZÃO, 2017, p. 82). O Direito da Concorrência, nessa perspectiva, poderia autorizar a existência de monopólios e cartéis com o fito de obter um volume maior de utilidades, se comparado a um modelo atomizado de produção e circulação de bens e serviços.

Os parâmetros de medição de utilidade baseados na racionalidade dos agentes econômicos relacionam-se, de forma profunda, com as bases da análise econômica do direito. Richard Posner, entusiasta dessa seara, utiliza os critérios de Kaldor-Hicks para formular a teoria de que

a maximização da riqueza ou eficiência é obtida quando os bens e recursos estão nas mãos daqueles que estariam dispostos a pagar para possuí-los, de forma que haverá eficiência e maximização do bem-estar social quando os ganhadores puderem compensar os perdedores, ainda que não venham fazê-lo. (FRAZÃO, 2017, p. 84)

A análise da visão adotada por esse movimento teórico é importante para a compreensão de que a economia neoclássica, na medida em que se preocupa com a eficiência, não preocupa-se com critérios de igualdade e distribuição. Desse modo, os critérios econômicos não devem ser considerados de maneira isolada para a aplicação da legislação antitruste (FRAZÃO, 2017, p. 86). Verifica-se, assim, que a posição neoclássica não carece de valor, contudo, mostra-se incompleta, pois existem valores os quais não estão ligados à eficiência econômica e que necessitam ser considerados no momento da elaboração da política regulatória (CUNHA, 2018, p. 621):

A correção de falhas de mercado e a busca por eficiência econômica se justificam em virtude de uma decisão política de priorização de resultados economicamente eficientes, o que não deve ser naturalizado ou tido como verdade científica (CHANG, 1997; PROSSER, 2006). Ou seja, não significa que outros princípios e valores, inclusive de ordem social, moral, histórica ou cultural, também não possam integrar programas regulatórios (FEINTUCK, 2010). Como esclarecem Lodge e Wegrich (2012, p. 25): “regulação diz respeito à competição entre valores

e, portanto, argumentos de falhas de mercado não devem gozar de superioridade sobre outros tipos de argumentos”. (CUNHA, 2018, p. 621)

De modo sucinto, pode-se concluir que para a teoria neoclássica, a eficiência enquanto fundamento da teoria antitruste, é o “fator central a definir a licitude, ou não, do poder no mercado” (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 143).

Consoante o que já foi exposto, na década de 1980, com o retorno do neoliberalismo, as ideias da economia neoclássica do final do século XIX ressurgiram sob novas perspectivas. Houve um intenso rechaço à intervenção do Estado na seara econômica, sob o argumento de que tal atuação pode ser desastrosa. Como a economia era vista como ciência capaz de prever comportamentos adotados pelos agentes racionais, surgiram ferramentas capazes de realizar prognoses as quais legitimavam a excepcional intervenção do Direito Antitruste. Uma dessas ferramentas mais famosas foi a *Efficient Market Hypothesis* (EHM) (FRAZÃO, 2017, p. 87-89). A discussão travada sobre o movimento de desregulação como ferramenta de redução da intervenção estatal aqui se insere.

Passado esse momento histórico, os pilares do neoliberalismo foram questionados após a crise de 2008, fazendo com que houvesse a necessidade de uma reconfiguração entre direito e economia. Tratar-se-á desse novo movimento a partir deste parágrafo. Abandona-se a ideia de que os agentes econômicos são dotados de racionalidade intrínseca, evidenciando a necessidade de atuação do Estado no campo econômico com o objetivo de frear as consequências trazidas por alguns atos irracionais (FRAZÃO, 2017, p. 92-95). Frazão sintetiza a quebra com a ideia de *homo oeconomicus*:

As disfunções percebidas após a crise de 2008 confirmam o fato de que a ideia de mercado livres pode possibilitar práticas iníquas e malignas, até porque as pessoas nem sempre sabem o que é bom para elas e nem sempre escolhem o que realmente querem, motivo pelo qual decisões disfuncionais são comuns. Eis o lado preocupante da mão invisível: quando os mercados são completamente livres, não há apenas liberdade de escolha, mas também liberdade de fraude (*phishing*), cabendo ao governo corrigir tais disfunções. (FRAZÃO, 2017, p. 95)

O afastamento da ideia de racionalidade econômica faz crescer outro movimento no campo regulatório: o da re-regulação. O movimento adquiriu duas perspectivas diferentes. A primeira perspectiva refere-se ao processo ocorrido nos Estados Unidos, após a desregulação. Com o aumento da competição nos mercados desregulados e a

aplicação de leis antitrustes, houve a entrada de inúmeros concorrentes e a necessidade de uma nova visão sobre regulação. A segunda perspectiva da re-regulação refere-se àquela ocorrida no Japão e na Europa. Após a privatização de empresas estatais, surgiu a necessidade de criação de regras as quais condicionassem a situação (ABRANCHES, 1999, p. 28). Nesse sentido:

O quadro regulatório de mercados onde prevaleciam monopólios e monopsonios estatais, não é implementável em um mercado privado, a menos que se deseje que empresas privadas se comportem como se fossem estatais, o que geraria mais custo social e ineficiência, do que se permanecesse o controle estatal. A privatização requer, portanto, uma reforma completa do aparato regulatório, compreendendo a desregulação, ou seja, o desmonte e a descontinuação do aparato regulatório existente, e a re-regulação, a criação de um novo sistema regulatório. É neste caso que se aplicam as estratégias minimalistas com máximo sucesso. E este é o caso do Brasil. (ABRANCHES, 1999, p. 98)

O processo de privatização cria a necessidade de que se acompanhe o desenvolvimento da atividade econômica, uma vez que deve-se evitar a prática de condutas anticompetitivas e a formação de estruturas econômicas não caracterizadas pela livre competição (ABRANCHES, 1999, p. 41). Nesse sentido, o Direito da Concorrência surge para conduzir esse novo momento histórico. Sérgio Henrique Abranches (1999, p. 42) afirma que o modelo concorrencial adotado no Brasil “coincide em grandes linhas com o modelo regulatório geral, que vem sendo adotado na maioria das reformas regulatórias mundo afora”.

No Brasil, o fenômeno da re-regulação pode ser estudado quando se analisam as políticas regulatórias do transporte aéreo brasileiro. Identificou-se um processo de re-regulação, iniciado em 2003, caracterizado pela interferência estatal no mercado, com o fito de “controlar o que foi chamado ‘excesso de capacidade’ e o acirramento da ‘competição ruinosa’ no mercado (OLIVEIRA, 2007, p. 139). No Brasil, o

(...) período de re-regulação, uma fase em que pedidos de importação de novas aeronaves, novas linhas e mesmo de entrada de novas companhias aéreas voltaram a exigir estudos prévios de viabilidade econômica, configurando-se uma situação semelhante ao do período regulatório típico; a grande diferença, nesse caso, foi que não houve interferência na precificação das companhias aéreas, ou seja, não houve re-regulação tarifária (OLIVEIRA, 2007, p. 139-140).

Com fundamento no que fora exposto até o presente momento, percebe-se que a desregulação e a re-regulação fazem parte de uma série de movimentos pendulares da atuação do Estado.

Sinteticamente, pode-se afirmar que o termo desregulação, apesar da ideia inicial, não se refere ao contrário de regulação, pois, geralmente, “nos setores desregulados, cria-se uma regulação até mais forte e presente que a regulação existente anteriormente” (RACHED, 2009, p. 132).

Mencionados os parâmetros econômicos possíveis de serem utilizados para a aplicação do Direito da Concorrência ao longo de seu desenvolvimento, conclui-se que essa espécie de regulação não pode ser reduzida a uma mera análise de eficiência. Contudo, considerar a defesa da concorrência como ferramenta de política econômica, fazendo com que as normas jurídicas venham a ser interpretadas conforme razões de conveniência política levam a outro reducionismo (FRAZÃO, 2017, p. 97).

O equilíbrio entre análise de eficiência e política econômica como parâmetros para a defesa da concorrência materializa-se em um dos impasses do Direito Antitruste moderno: apesar das economias de escala gerarem preços de consumo mais baixos, essas economias são mais propensas ao comportamento abusivo do uso do poder de mercado (HOVENKAMP, 2005, p. 85):

Se a política antitruste for orientada pelo "princípio do bem-estar do consumidor" - isto é, se seu objetivo principal for maximizar a produção e reduzir os preços do consumidor -, então torna-se necessária certa tolerância quanto às grandes empresas. Encontrar o equilíbrio adequado entre as eficiências resultantes das economias de escala, por um lado, e nossa confiança quanto à grandeza e algumas de suas consequências anticompetitivas, por outro, é um problema que está difundido na atual política antitruste. (HOVENKAMP, 2005, p. 85, tradução nossa)¹⁸

4.2.3. Da natureza

A fim de buscar alguns caminhos para a aplicação do Direito da Concorrência, é válido rememorar as anotações de Calixto Salomão Filho (2008, p.37) o qual afirma que

18 Original: *If antitrust policy is to be guided by the “consumer welfare principle” - that is, if its overriding goal should be to maximize output and minimize consumer prices – then a certain tolerance of large firms is necessary. Finding the proper balance between the efficiencies that result from scale economies on the one hand, and our distrust of bigness and some of its anticompetitive consequences on the other, is a problem that is pervasive in antitrust policy today.* (HOVENKAMP, 2005, p. 85)

esse ramo do Direito é qualificado por sua atuação passiva, possuindo regras instrumentais as quais são aplicadas em um processo inverso daquele geralmente conhecido:

Como visto, a proteção da concorrência leva à descoberta da verdadeira utilidade dos produtos e das melhores opções para o consumidor. O valor “concorrência” influi, portanto, duplamente sobre a realidade – primeiro modelando-a, e em seguida permitindo seu conhecimento.

Essa última frase cria uma aparente perplexidade. O normal parece ser o processo inverso – primeiro conhecer e depois modelar. Não assim no direito concorrencial.

A regra jurídica, aí, é eminentemente instrumental. A afirmação da concorrência como valor fundamental (modelagem) garante a liberdade de escolha e informação mais abundante possível para o consumidor. Ele, então, sozinho, descobrirá a solução mais adequada para suas necessidades. (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 39) **(grifos nossos)**

Expostos os desafios que a defesa da livre concorrência, como instituição e como norma para parâmetro de condenação por comportamentos abusivos do poder econômico, passa-se a pormenorizar a ferramenta jurídica utilizada para materializar esse princípio. Inicialmente, será exposta a visão de Paulo Furquim de Azevedo sobre a concorrência e o entrelaçamento por ela provocado entre os ramos do Direito e da Economia:

Essa relação decorre do fato de a concorrência ser, ao mesmo tempo, um **direito da sociedade** e uma **característica econômica fundamental dos mercados**. Não se trata de um direito atribuível a qualquer indivíduo em particular, mas de um direito difuso, que se distribui por toda a sociedade. Ainda que seja um direito, seu fundamento é econômico, seja na aplicação da norma, seja no próprio desenho da legislação. Sendo a concorrência um direito, é necessário ao julgador interpretar a relação entre os fatos observados e eventual existência de prejuízo à concorrência. Esta relação é feita pela Economia, cujo corpo de conhecimentos se notabiliza pela capacidade de discernir, a partir do conjunto de fatos observados, qual é o grau de concorrência, bem como de predizer quais seriam as consequências, por exemplo, de alguma fusão, aquisição ou estratégia competitiva. A relação entre Direito e Economia é, portanto, central à defesa da concorrência. (AZEVEDO, 2014, p. 267) **(grifos nossos)**

Caso fosse possível realizar uma comparação entre o posicionamento acima exposto e o defendido por Salomão Filho, poder-se-ia perceber que ao tratar a concorrência como instituição, estar-se-ia definindo-a como uma característica fundamental dos mercados, na medida em que esse princípio fornece as bases para o desenvolvimento da atividade econômica. Por outro lado, ao tratar a concorrência como parâmetro para a detecção do abuso de poder de mercado, estar-se-ia definindo-a como

um direito, pois o julgador utilizaria o dano à concorrência como critério para subsunção da conduta à legislação antitruste.

Ao detalhar esse último conceito, percebe-se que a norma antitruste é uma técnica de organização dos mercados, pelo qual o Estado atua sobre a economia, com o intuito de proteger a livre concorrência e reprimir o abuso do poder econômico (FORGIONI, 1998, p. 81). Desse modo, é possível reiterar que as normas concorrenciais constituem uma espécie de regulação econômica, na medida em que

(...) o regime jurídico da concorrência compõe-se de um conjunto de normas e instituições que regulam as formas de aquisição do poder econômico e o seu exercício, segundo os valores adotados pela ordem jurídica. Essas normas e instituições têm sua principal fonte, ou para usar uma expressão kelseniana, encontram o seu “fundamento de validade” na Constituição. Ao regular as modalidades de poder econômico admitidas – público e privado – e estabelecer, conseqüentemente, os seus respectivos titulares, a Constituição determina as garantias e os limites para a atuação dos sujeitos de direito contemplados. Em um modelo econômico de “iniciativa dualista” como o brasileiro, as normas e instituições componentes do regime jurídico da concorrência aplicam-se tanto aos agentes privados quanto aos agentes públicos quando exploram atividades econômicas. (VAZ, 1993, p. 262)

Se se adota os conceitos de regulação expostos no primeiro capítulo desta monografia, de que a regulação nada mais é do que “*intenção de direcionamento conjuntural da atividade econômica no Estado*” (ARANHA, 2015, p. 102), depreende-se que as normas antitruste configuram-se como uma modalidade de regulação, uma vez que as referidas normas apresentam-se em um conjunto organizado com o objetivo de direcionar o comportamento dos agentes regulados de acordo com critérios previamente estabelecidos e segundo princípios representados em direitos fundamentais. Destacam-se os seguintes conceitos de regulação:

A regulação, em síntese, é a presença de regras e atuação administrativa (*law and government*) de caráter conjuntural pautadas no pressuposto de diuturna reconfiguração das normas de conduta e dos atos administrativos pertinentes para a finalidade de redirecionamento constante do comportamento das atividades submetidas a escrutínio, tendo-se por norte orientador parâmetros regulatórios definidos a partir dos enunciados de atos normativos e administrativos de garantia dos direitos fundamentais. (ARANHA, 2015, p. 101)

Regulação é a reconfiguração conjuntural do ambiente regulado voltada à consecução de um modelo ideal de funcionamento do sistema e dirigida por regras e princípios inscritos e espelhados nos direitos fundamentais. (ARANHA, 2015, p. 102)

A regulação antitruste é uma das modalidades de regulação geral a qual almeja o controle do Estado sobre toda a economia, independentemente da existência de setores específicos. Não se confunde com a regulação setorial a qual é específica para cada seara da atividade econômica (ARANHA, 2015, p. 111 e 112).

No Brasil, a regulação concorrencial possui caráter instrumental, pois destina-se a alcançar o interesse coletivo através da condução do sistema econômico (FORGIONI, 1998, p. 170 e 171). Como ferramenta destinada a um fim, as normas antitrustes surgem como mais uma possibilidade de atuação estatal no campo econômico, ao lado da regulação econômica cujo pressuposto são as falhas de mercado. Nesse sentido:

O fato é, entretanto, que sempre e cada vez mais, a Lei Antitruste, em vários países do mundo, tem sido utilizada como um instrumento de política econômica. Essa realidade é inegável, independentemente das opiniões da doutrina especializada. Viabiliza-se, então, o surgimento de inteiras propostas de reestruturação de mercados nacionais, baseadas na lei e nos princípios antitrustes. (FORGIONI, 1998, p. 177)

A definição da regulação concorrencial como mecanismo de política capaz de guiar comportamentos dos agentes econômicos é importante para um país como o Brasil, em que Estado e iniciativa privada parecem travar um embate:

Os próprios agentes econômicos nacionais serão os maiores beneficiários, se o ordenamento jurídico definir quais os princípios a serem mantidos em quaisquer circunstâncias, quais as normas que podem ter uma vigência circunstancial e quais as medidas de política econômica de longo, médio e curto prazo. Diretrizes como estas proporcionariam aos agentes econômicos as informações suficientes para a programação de suas atividades, de seus investimentos, em concerto com os grandes objetivos das políticas públicas nacionais e dos Planos, em um país onde Estado e empresa ainda não conseguiram entender-se. O resultado desse desajuste é representado por uma das mais perversas concentrações de renda do mundo, consequência, sem dúvida, do desrespeito aos princípios constitucionais informadores do instituto da concorrência. (VAZ, 1993, p. 51)

Como destacado no capítulo anterior desta monografia, o modelo de concorrência perfeita permite a alocação mais eficiente de recursos da economia, possibilitando o atendimento dos consumidores. Todavia, o desenvolvimento de algumas atividades econômicas necessita de grandes concentrações de capital, com o fito de atender à expectativa de menores preços, aumentando o bem-estar daqueles consumidores. Assim, a defesa da concorrência atua no sentido de analisar quais os benefícios e malefícios de cada estrutura, em cada mercado, levando em conta a eficiência econômica e os

interesses dos consumidores ao final da cadeia produtiva (REZENDE; ALMEIDA, 2013, p. 299 e 300).

É importante ressaltar que o Direito da Concorrência não se confunde com o Direito do Consumidor. Enquanto o último visa à proteção mais imediata e profunda das relações assimétricas entre produtores e consumidores, o primeiro tem como objetivo impedir que os agentes econômicos, em especial, as empresas detentoras de poder econômico o utilizem de maneira desleal, prejudicando, assim, os consumidores. A aproximação entre as duas searas é feita devido à assimetria de poder dos agentes envolvidos (REZENDE; ALMEIDA, 2013, p. 293 e 298).

A efetiva concorrência entre os agentes econômicos, em uma estrutura de mercado, proporciona ao consumidor a possibilidade de escolha entre várias opções. A concorrência permite o potencial consumidor escolher efetivamente uma alternativa, após conhecê-las (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 127). Desse modo:

É fundamental garantir uma estrutura do mercado que estimule o consumidor para alternativas realmente diversas. Essas alternativas podem significar ligação subjetiva ou objetiva com uma marca ou, então, padrões de serviço a custo e acessibilidade suficientes para constituir uma verdadeira alternativa. As alternativas não devem ser só formais ou potenciais, mas configurar real alternativa de escolha. Só assim o processo de descoberta das melhores alternativas, instrumentalizado pela concorrência, realmente ocorrerá. O que se quer dizer é que uma real alternativa é composta de vários fatores, que tornam necessário que o mercado tenha conformação estrutural adequada para garantir a concorrência. (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 127)

Sobre os campos de atuação da regulação econômica, na modalidade interventiva e na defesa da livre concorrência, é imperioso lembrar que:

A aplicação do direito concorrencial diante da regulação será determinada a partir da verificação dos âmbitos nos quais o poder econômico se manifesta de forma não condicionada. Isso ocorrerá tanto quando o exercício do poder econômico não for objeto de regulação, como quando a regulação existente tiver abrangência limitada ou for ineficaz e as decisões dos agentes econômicos forem tomadas, de fato, a partir do exercício do poder econômico. (FARACO, 2003, p. 39)

A partir do presente subtópico, é possível constatar a existência de uma espécie de regulação econômica voltada à defesa da concorrência. Essa espécie de regulação é regulação jurídica que auxilia na preservação e desenvolvimento dos mercados. Se em um primeiro momento, a regulação concorrencial liga-se somente à análise de eficiência, em um segundo momento, após a crise econômica em 2008, esse aspecto é minimizado,

abrindo espaço para a análise de critérios como a igualdade e a distribuição. A regulação voltada à defesa da concorrência parece ser aplicável às atividades econômicas, principalmente em sentido estrito, e em setores onde os agentes da iniciativa privada atuam.

4.3. DISTINÇÕES NO ESPECTRO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA

Através da exposição do subtópico anterior e do segundo capítulo deste trabalho de conclusão de curso, pode-se perceber a existência de duas espécies de regulação econômica com características distintas. Se fosse possível alinhá-las em uma linha horizontal, numa espécie de escala, poder-se-ia dizer que, de um lado, há a regulação econômica na modalidade interventiva e do outro há a regulação específica da defesa da livre concorrência.

Nessa linha horizontal imaginária, quanto mais as espécies opostas de regulação se aproximam, cria-se uma zona cinzenta, em que se discute não só qual espécie é aplicável, como também se ambas as espécies são aplicáveis e, em caso positivo, qual delas deve prevalecer. Ilustrativamente, a linha horizontal, que se estende da regulação econômica interventiva à regulação econômica específica da defesa da livre concorrência, pode ser comparada a um termostato. O termostato é uma ferramenta utilizada para controlar a temperatura de um sistema, impedindo que essa varie para além de certos parâmetros anteriormente estabelecidos. Os agentes políticos e reguladores, na qualidade de mantenedores do bom desenvolvimento da atividade econômica de um país, devem ajustar as atuações (ou intervenções) estatais no domínio econômico, acertando a preponderância e intensidade da regulação a ser aplicada em um determinado mercado.

A comparação com o termostato auxilia na compreensão de que o formulador das políticas públicas e os reguladores, como agentes estatais, possuem ampla variedade de escolhas, podendo conformar a regulação econômica de acordo com critérios planejados e preestabelecidos. É de se reconhecer que existem zonas cinzentas, nas quais se opta pela prevalência de uma espécie ou outra de regulação econômica, quando ambas são possíveis (considerada a política pública desenvolvida). A opção por um ajuste em uma das direções é auxiliada pela identificação da categoria de atividade econômica (*stricto*

sensu ou *lato sensu*) sendo desenvolvida e das características dos agentes econômicos que a desenvolvem.

As zonas cinzentas configuram-se como casos difíceis, pois cabe aos agentes aplicadores da modalidade de regulação considerar, principalmente, o mercado em que a regulação será aplicada, as consequências, positivas ou negativas, trazidas pela regulação, os pressupostos e limites que cada espécie possui, além de experiências anteriores. A Análise de Impacto Regulatório (AIR) é um instrumento que auxilia este tipo de decisão, na medida em que possibilita o exame e a avaliação de possíveis vantagens, despesas e implicações das regulações (ALVES; PECI, 2011, p. 803). Nesse sentido, a regulação econômica a ser escolhida para o mercado brasileiro de transporte rodoviário de cargas necessita percorrer esses cinco critérios: mercado, consequências, pressupostos, limites e experiências anteriores.

Antes de detalhar as distinções no espectro da regulação econômica, cabe retomar as quatro modalidades de atividade a serem praticadas pelo Estado, descritas por Eros Grau, relacionando-as às espécies de regulação.

4.3.1. Das atividades estatais em relação ao mercado

De maneira complementar à proposta pela Constituição Federal de 1988, é possível identificar quatro categorias de atividade estatal: constituição e preservação do modo de produção, complementação do mercado, substituição do mercado e compensação das disfunções do processo produtivo (GRAU, 2005, p. 124-126). Se, no paradigma do Estado Liberal, o mercado é criado, constituído e complementado pela atuação estatal, no paradigma do Estado de Bem-estar Social, o mercado é substituído e compensado pelo Estado.

A constituição e preservação do modo de produção capitalista dar-se-á por meio da realização de algumas premissas, como a garantia do sistema de direitos, a estabilização do sistema monetário e a promoção da economia capaz de competir no mercado internacional. A legislação antitruste, na medida em que promove a defesa da livre concorrência através da repressão do abuso do poder econômico por meio do controle de condutas e de estruturas, configura-se como uma modalidade de constituição e preservação do modo de produção. A regulação econômica na modalidade intervenção

também configura-se como meio para constituição e preservação do capitalismo, uma vez que permite a manutenção das premissas de produção, sendo expressiva nas searas da educação, dos transportes e das comunicações (GRAU, 2005, p. 125).

A complementação do mercado ocorre através da conformação do sistema jurídico a outras formas de organização empresarial, de concorrência e financiamento (GRAU, 2005, p. 125). Sem dúvida, a legislação antitruste promove a complementação do mercado, na medida em que estrutura as normas jurídicas aptas a compatibilizar comportamentos dos agentes econômicos a situações em que a liberdade de concorrência é respeitada.

A substituição do mercado é uma atividade estatal reativa, ou seja, reage à fragilidade das forças dos agentes econômicas, promovendo novas situações econômicas, fazendo surgir um setor público diferente do sistema econômico dominado pela iniciativa privada (GRAU, 2005, p. 125). Eros Grau exemplifica a substituição do mercado:

seja proporcionando ou melhorando possibilidades de inversão – demanda estatal de bens de uso improdutivo –, seja através da criação de novas formas de produzir mais-valia – organização estatal do progresso técnico-científico, qualificação profissional dos trabalhadores etc. (GRAU, 2005, p. 125).

Pela descrição realizada, percebe-se que a substituição do mercado está ligada à intervenção do Estado na economia, regulação econômica marcada pela veemência da atuação estatal, concernente à criação de serviços públicos e ao desenvolvimento de atividade *stricto sensu* pelo Estado, tal como descrito no capítulo anterior desta monografia.

A defesa da concorrência não se relaciona com a substituição do mercado, pois não se configura como espécie de regulação reativa, não representa uma reação à debilidade dos agentes econômicos, ao contrário, a regulação específica da livre concorrência visa retrain o abuso de poder econômico que alguns agentes possuem.

A compensação das anomalias do processo de acumulação de capital as quais se “manifestam no seio de certas parcelas do capital, da classe operária ou de outros grupos organizados, produtoras de reações que se procuram impor pelas vias políticas” (GRAU, 2005, p. 125), relaciona-se à intervenção estatal no domínio econômico, pois, como visto, um dos pressupostos para a legítima utilização dessa espécie de regulação econômica é

a existência de falhas de mercado as quais são nada mais do que disfunções do processo produtivo.

Visto como cada categoria da atividade estatal relaciona-se com as modalidades de regulação econômica, cabe esmiuçar ainda mais os pontos de encontro e de afastamento entre as diferentes modalidades com o fito de clarear algumas perspectivas da referida zona cinzenta do termostato.

A intervenção estatal na seara econômica possui uma intensidade distinta da regulação específica voltada à defesa da concorrência. Se a segunda visa à contenção do abuso do poder econômico, o primeiro visa à supressão do seu exercício e a consequente substituição por decisões tomadas pelo Estado (FARACO, 2003, p. 10):

Em linhas gerais, o **direito concorrencial** pretende disciplinar a ação do agente econômico no âmbito em que este tem **liberdade de fazer suas escolhas**. Controla o exercício do poder econômico onde esse pode ser exercido e limita escolhas que tendam a resultar em concentração desse poder. Trata-se de conjunto normativo voltado a todos os setores da economia, aplicado de forma casuística e que não pretende conduzir as escolhas privadas a resultados predeterminados.

A **regulação**, por sua vez, restringe o âmbito de liberdade do agente econômico. **Substitui a escolha privada** em relação a certas variáveis econômicas – como preço, quantidade, diferenciação e investimento – por uma decisão estatal. **Abrange normas específicas a determinados setores da economia**, que impõem escolhas e fazem restrições, além de instrumentalizarem a realização de certos resultados predeterminados. (FARACO, 2003, p. 10) (**grifos nossos**)

A defesa da livre concorrência pode incidir tanto em esferas nas quais o poder econômico não é alcançado por outra espécie de regulação quanto em esferas em que a regulação presente possui dimensão limitada ou for ineficaz. Desse modo, qualificar um mercado como regulado não descarta a aplicação do Direito da Concorrência (FARACO, 2003, p. 12).

4.3.2. Dos diferentes graus no espectro da Regulação Econômica

Se se adota a ideia da linha horizontal em que diversas modalidades de regulação econômica são dispostas, de acordo com o grau de sua veemência, pode-se afirmar que a mais vigorosa delas, no início da linha imaginária, relacionam-se aos serviços públicos e a atuação do Estado em atividades econômicas em sentido estrito.

Os serviços públicos e as atividades econômicas *stricto sensu* desenvolvidas pelo Estado são setores os quais “não podem ser convenientemente organizados pelo conhecimento individual, e que devem permanecer sob a tutela direta do Estado” (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 207). Desse modo, a regulação incidente sobre essas searas deve

(...) estabelecer um procedimento econômico rigoroso, voltado a eliminar assimetrias de informação e discrepâncias de poder econômico que possam afetar o exercício da atividade. Deve, portanto, estar apta a realizar inclusive intervenções estruturais na atividade econômica. (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 207)

Segundo Alexandre Ditzel Faraco (2003, p. 13), há situações em que a regulação da defesa da concorrência tem sua aplicação minimizada em função da abrangência e da intensidade dessa intervenção econômica. A concessão para operação de rodovia é um exemplo. A Agência Reguladora, na concessão de serviço público, seleciona um único agente para executar os serviços, fixando as tarifas cobradas e os investimentos que devem ser realizados. Contudo, apesar do afastamento das normas de Direito da Concorrência o qual condena, por exemplo, a fixação de preços, pode-se dizer que a concorrência, como instituição, está presente no momento anterior da efetivação do processo de concessão.

O afastamento da análise concorrencial é chamado de isenção antitruste. Cabe mencionar que ocorre em certa situação específica e excepcional, motivada pelo desenvolvimento de uma política pública estatal.¹⁹ A isenção antitruste também conhecida por imunidade antitruste pode ser conceituada como “a blindagem de determinado comportamento empresarial contra o regulador antitruste em virtude da ausência de margem de autonomia de comportamento empresarial ocasionada por disciplina exaustiva do regulador setorial pertinente” (ARANHA, 2015, p. 118).

Ao continuar o trajeto sob a linha horizontal imaginária, percebe-se a existência de outra modalidade de regulação econômica, não focada nos duros instrumentos de controle de preços ou quantidade. Sua principal característica está relacionada à redução

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5956 (0072623-46.2018.1.00.0000). Requerente: Associação do Transporte Rodoviário de Carga do Brasil. Relatoria: Ministro Luiz Fux. Documentos comprobatórios nº 40700/2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5481962>>. Acesso em 05 abr. 2019.

de falhas de mercado como pressuposto essencial. Essa espécie pode conviver com distintas intensidades da regulação da defesa da concorrência (FARACO, 2003, p. 13).

Assim como na regulação econômica destinada aos serviços públicos e às e atividades econômicas em sentido estrito, há autores que defendem a existência de situações em que a modalidade interventiva ao incidir sobre as atividades econômicas *stricto sensu*, desenvolvidas por particulares, não dá espaço para a defesa da concorrência, como dito anteriormente, são casos de “isenções expressas ao direito concorrencial” (FARACO, 2003, p. 13):

Exemplo de isenção referido na doutrina remete às disposições encontradas na Lei nº 6.729/79 sobre a relação entre o fabricante de veículos automotores e seus revendedores. A Lei citada admite, por exemplo, que no contrato entre as partes seja fixada cláusula de exclusividade vedando a comercialização de veículos automotores novos fabricados ou fornecidos por outro produtor. A permissão expressa de exclusividade, em princípio restritiva da concorrência, isentaria esse aspecto da relação entre fabricantes e revendedores do direito concorrencial. (FARACO, 2003, p. 13 e 14)

A isenção cria efeito semelhante ao disposto no art. 88, § 6º da Lei nº 12.529/2011, pois há limitação do âmbito de incidência da norma definidora de ilícito. Desse modo, a infração não é caracterizada, tornando-se a conduta, na realidade, uma obrigação *ex lege*. Contudo, como adverte a melhor doutrina, são casos excepcionais, pois afastar “a norma concorrencial de determinado setor exige que a respectiva política reguladora encontre fundamentos constitucionais tão representativos quanto aqueles nos quais se baseiam as normas relativas à concorrência” (FARACO, 2003, p. 14). Os fundamentos constitucionais, nesse viés, podem se configurar como os princípios estruturantes da ordem econômica, conforme já pormenorizados.

Como pode se depreender da exposição realizada sobre os modelos paradigmáticos de Estado e da explanação feita no capítulo anterior deste trabalho, a intervenção estatal na economia aparece como um mecanismo de correção das imperfeições do mercado. Se antes a atuação do Estado era rechaçada, nesse momento ele se torna um agente corriqueiro (NUSDEO, 2001, p. 164 e 165). As falhas de mercado, no entanto, são apenas o primeiro grupo de motivação para a atuação estatal:

A cada uma delas passaram a corresponder várias ações corretivas por parte do Estado, traduzidas em normas legais e regulamentares de todo o tipo. Escorraçado da economia pelos postulados do liberalismo, o poder público dele

saiu pela porta da frente, mas acabou por reingressar gradualmente pela porta dos fundos, isto é, este reingresso não foi sistemático, nem sempre conscientemente desejado, mas fruto de uma necessidade incontornável, à falta de qualquer outra alternativa para lidar com os apontados problemas. E, assim, foi-se acoplando ao processo decisório do mercado um aparelho controlador de caráter burocrático, destinado a impedir as consequências mais indesejáveis do seu funcionamento. (NUSDEO, 2001, p. 164)

Através da leitura atenta das funções do Estado, descritas no art. 174 da Constituição Federal, e da análise das categorias de atividade estatal descritas por Eros Grau, em especial, a constituição e preservação do modo de produção capitalista, a substituição do mercado e a compensação das anomalias do processo de acumulação de capital, pode-se afirmar, como descreve Fábio Nusdeo, que a intervenção do Estado no domínio econômico também visa à implantação de objetivos de política econômica. Assim, essa espécie de regulação econômica tem como fito, também, alcançar resultados mais desejáveis após a correção das falhas de mercado (NUSDEO, 2001, p. 164 e 165). Nesse sentido:

Esta, portanto, a primeira ordem de motivações para a presença do Estado, à qual, porém, logo mais se acoplará uma segunda ordem, decorrente da colocação, agora sim consciente, de objetivos da política econômica, isto é, de posições e resultados a serem assumidos ou produzidos pelo sistema econômico no seu desempenho.

A primeira dessas duas motivações pode ser vista como de caráter negativo, por ter como finalidade reparar um mau funcionamento operacional. A segunda já se apresenta com uma motivação positiva, almejando implantar novos resultados, melhores ou mais desejáveis, do que seria de se esperar do desempenho *normal* do sistema, ainda quando corrigidas as suas inoperacionalidades. Assim, a presença do poder público na economia deixa de ter apenas por justificação as falhas do mercado. Uma segunda e extremamente poderosa motivação acoplou-se à primeira. Decorre das preferências políticas quanto ao desempenho *tout court* do sistema, levando o Estado não apenas a complementá-lo, mas a direcioná-lo deliberadamente em função de fins específicos. (NUSDEO, 2001, p. 165)

São duas motivações para a regulação econômica que permanecem juntas. A imposição de padrões de desempenho por meio das preferências políticas já definidas, como segunda ordem de motivação, no entanto, não pode se deixar levar pela implementação de inúmeros objetivos econômicos ou pela ênfase exacerbada em apenas um deles, comprometendo o restante (NUSDEO, 2001, p. 182-184). Fábio Nusdeo assim ensina:

Os exemplos podem multiplicar-se virtualmente ao infinito. Uma preocupação exagerada em incrementar os investimentos, com vistas a elevar rapidamente o

produto nacional bruto, pode gerar pressões inflacionárias severas contra as quais a comunidade não está preparada para lutar ou para se precaver. A propaganda intensa, necessária para alargar mercados e aumentar o emprego, frequentemente provoca, quando excessiva ou abusiva, efeitos externos negativos de ordem psicológica e mesmo moral. Como estímulo a certas atividades, ou setores estratégicos, os responsáveis por seu controle tendem a fazer vistas largas para o descumprimento de determinadas normas relativas à poluição causada. Surgem aí efeitos negativos quer sobre a saúde, quer sobre a consciência jurídica do povo que se habitua a ver leis desrespeitadas impunemente. Uma excessiva ênfase distributivista leva ao comprometimento do espírito de iniciativa e de poupança. E reduz, por conseguinte, o âmbito da iniciativa particular, desfigurando o sistema. (NUSDEO, 2001, p. 182)

Essa delicada sintonia é obtida através de um controle quanto à legitimidade das medidas de política econômica. O controle e acompanhamento dessas políticas são essenciais para afastar os riscos de captura dos agentes estatais por grupos de interesses afastados daqueles vinculados ao bem-estar da sociedade (NUSDEO, 2001, p. 182-184). Assim, conclui-se que a implementação de uma política econômica ilegítima tem o condão de gerar inúmeras consequências negativas.

Destaca-se, portanto, que a ilegitimidade da política econômica pode prejudicar outros aspectos caros ao desenvolvimento da atividade econômica, como a liberdade de iniciativa e a liberdade de concorrência.

Percorrendo novamente a linha horizontal imaginária, por fim, chega-se à regulação concorrencial a qual, para alguns autores, possui o objetivo de diminuir a atuação estatal vista como ineficiente (FARACO, 2003, p. 16). Como pode ser observado no tópico anterior, sobre a origem dessa modalidade de regulação sobre o domínio econômico, houve a criação artificial de uma esfera de desenvolvimento da atividade econômica:

Pretendia-se que um ambiente econômico concorrencial, caracterizado pela descentralização do processo de tomada de decisões econômicas – do núcleo do Poder Público para os diversos agentes econômicos envolvidos, permitiria a descoberta das melhores soluções para os problemas relativos à fixação dos preços e decisões relativas a ofertas, inovações e investimentos. Por outro lado, a própria existência da concorrência impediria que essas decisões fossem tomadas em detrimento dos usuários e da sociedade em geral. (FARACO, 2003, p. 17)

A regulação econômica voltada à defesa da livre concorrência pode ser aplicada em setores antes regulados, como o setor de telecomunicações e serviços de energia elétrica, desde que essas searas possuam capacidade de funcionar de maneira adequada em um sistema de competição (NUSDEO, 2006, p. 160). Nesse sentido, se setores como

o das telecomunicações e de energia elétrica que estavam subordinados a uma regulação de ordem técnica e outra de ordem econômica, em que havia controle por direção, podem estar sujeitos a um regime de concorrência, pode-se afirmar, pelo contrário senso, que setores que não estavam submetidos a um controle por direção e subordinavam-se apenas a uma regulação técnica, devem estar submetidos a uma regulação concorrencial. Seguindo essa linha de raciocínio formulada a partir dos pressupostos teóricos apresentados, o transporte rodoviário de cargas, como setor sujeito a várias regulações de ordem técnica, como o RNTRC e o transporte de produtos perigosos pode estar submetido à regulação voltada à defesa da livre concorrência.

Essa posição está amparada em estudos realizados por Calixto Salomão Filho (2008, p. 58 e 59) que afirma que alguns setores da economia, devido a razões de ordem pública, sofrem o controle da entrada e da permanência, com o fito de promover a segurança e a integridade física e econômica não só dos agentes que desenvolvem a atividade, como toda a nação. As regras de controle que garantem a higidez e a segurança do mercado têm o potencial de criar condições favoráveis à formação de estruturas em que facilitam a formação de posições dominantes. A regulação concorrencial, então, vai impedir que a concorrência suma (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 58 e 59).

É importante mencionar que a ideia de aplicabilidade da regulação concorrencial em setores regulados é aceita pela doutrina estrangeira:

Muitos mercados norte-americanos não estão sujeitos a uma concorrência aberta e de preços livres, mas pelo contrário, são regulados em termos de preço, produção e outros aspectos de desempenho. Nesses mercados regulados, as leis antitruste geralmente ocupam um espaço menor do que ocupariam em mercados não regulados. No entanto, como o setor não está isento das leis antitruste apenas porque é regulado, há ainda espaço substancial para a aplicação das leis antitruste nas atividades reguladas. (HOVENKAMP, 2005, p. 330, tradução nossa)²⁰

Como verificado nas considerações acerca do princípio da livre concorrência, a regulação concorrencial, de modo distinto das demais, preocupa-se com a instituição da

20 Original: *Many American markets are not subject to free and open price competition, but rather are regulated as to price, output and other aspects of performance. In these regulated markets the antitrust laws generally occupy a somewhat smaller place than they do in unregulated markets. Nevertheless, as industry is not exempt from the antitrust laws merely because it is regulated, and there is still substantial room for antitrust enforcement in the regulated industries.* (HOVENKAMP, 2005, p. 330)

concorrência, objetivando a sua manutenção, e não se preocupa com a proteção pura e simples do mercado:

Consequentemente, *a concorrência, e não o mercado, é o valor institucional a ser protegido*. A possibilidade de escolha tem um valor social, que não pode ser negado, devendo ser necessariamente reconhecido pelo Direito. O mercado, por outro lado, não necessariamente leva a esse resultado. É aí que o Estado deve intervir, garantindo a primeira, e não o segundo. (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 44)

Deve-se sublinhar, novamente, que a regulação econômica na espécie interventiva e a regulação antitruste configuram-se como garantias sistêmica e institucional, possuindo uma conformação básica, e não se confundem com meras ferramentas de política econômica (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 135 e 136). São formas de garantia do sistema as quais promovem a estabilidade das relações econômicas e, de maneira colateral, incentivam o desenvolvimento econômico:

O antitruste e a regulação como instrumentos desenvolvimentistas necessariamente não pode se constituir em entrava para o desenvolvimento nacional. Devem, ao contrário, incentivá-lo. Por outro lado, uma vez entendidos como forma de garantia sistêmica, a regulação e o antitruste servem para equilibrar as relações entre agentes econômicos, e entre eles e os consumidores, impedindo que uns adquiram poder e dele abusem sobre os outros. Trata-se, portanto, de um instrumento de reequilíbrio das relações econômicas (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 136)

A regulação econômica interventiva e a concorrencial não podem estar submetidas aos objetivos de política econômica, porém podem estar em sintonia com esses:

Ora, se assim é, não existe, constitucionalmente, no Brasil qualquer autorização para a aplicação do antitruste e da regulação exclusivamente como instrumento de política econômica, sem qualquer atenção aos princípios institucionais concorrenciais.

O que existe é exatamente o inverso: a declaração expressa, em nível constitucional, da obrigatoriedade da persecução da livre concorrência em matéria econômica (art. 170, IV, da CF). A obrigatoriedade de aplicação institucional do direito concorrencial e da regulação é, portanto, premente. Isso não implica, no entanto, a exclusão total dos objetivos de política econômica do sistema antitruste e da regulação. (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 166)

No tocante ao transporte rodoviário de cargas, se se identifica a atividade econômica desenvolvida, percebe-se que constitui uma atividade econômica *stricto sensu*, reproduzida pelos agentes da iniciativa privada. O mercado do transporte rodoviário de cargas conta com, pelo menos, três modalidades de competidores: o TAC, o

qual se subdivide em agregado, independente ou auxiliar, a ETC e a CTC. Como foi ressaltado, é um mercado complexo, pois depende de uma série de fatores, como a carga a ser transportada, as rotas, as condições de rodovia e os veículos usados para o transporte. Os referidos fatores variam ainda mais quando se consideram as diferentes regiões do Brasil. A concorrência no setor é intensa, em razão do grande número de agentes econômicos, contudo, a elasticidade-preço da demanda por serviços é baixa, o que significa dizer que, a demanda não sofre uma grande oscilação após variação do preço, incentivando ainda mais a competitividade entre os agentes.

Segundo a evolução normativa do Transporte Rodoviário de Cargas, percebe-se que o setor, consoante disposto no art. 2º da Lei nº 11.442/2007, é atividade econômica praticada em regime de livre concorrência. Esse fato torna-se um entrave para a aplicação da regulação econômica na modalidade mais interventiva, característica dos serviços públicos e das atividades econômicas *stricto sensu* desenvolvidas pelo Estado.

A Agência Reguladora competente, a ANTT, atuou no sentido de produção de normas técnicas, com o objetivo de obter segurança e oferecer padrões mínimos de qualidade para prestação do serviço. Nesse sentido, as experiências anteriores no referido mercado refletem a aplicação de regulação de ordem técnica e de ordem concorrencial.

A partir da exposição realizada neste subtópico, conclui-se que a regulação econômica incidente mais adequada no mercado brasileiro de transporte de cargas está relacionada à defesa da concorrência. Na linha horizontal imaginária do termostato, a atuação estatal deveria estar ajustada para a aplicação da livre concorrência não só como instituição e mas também como norma.

4.4. SOBRE O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Neste segundo tópico, serão abordadas as evoluções legislativas relacionadas ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência após a Constituição Federal de 1988 com o intuito de evidenciar a aplicabilidade da livre concorrência, como norma, aos mercados.

A Professora Ana Frazão pontua que não houve uma aproximação entre o Direito da Concorrência e a atual Constituição com a edição da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em

Autarquia e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, uma vez que o referido diploma normativo foi interpretado a partir de pressupostos provenientes da Escola de Chicago (FRAZÃO, 2017, p. 38).

É imperioso ressaltar que a referida lei foi aprovada no ano de 1994, mesma data que marcou a implementação do Plano Real. A Lei nº 8.884/1994 adotou mecanismos mais rígidos de controle de condutas e estruturas e criou o chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), o qual é integrado pelo Cade, pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE) (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 23 e 24).²¹

Nesse sentido, pode-se afirmar que a Lei nº 8.884/1994, ao conter regras tanto para disciplinar a conduta dos agentes, quanto para controlar a estrutura dos mercados, insere-se no conjunto de modernas normas antitrustes (NUSDEO, 2006, p. 167).

A legislação de defesa da concorrência brasileira sustenta-se em dois pilares: o controle de condutas e o controle de estruturas. O primeiro engloba a aplicação de sanções a condutas anticompetitivas, definidas em lei, através de processos administrativos. O segundo abarca o estudo e a consequente autorização ou não de concentrações econômicas as quais podem facilitar a prática das condutas anticoncorrenciais (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 19).

A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, realiza um diálogo com a Constituição Federal quanto ao traçado da ordem econômica, conforme estabelecido na redação de seu art. 1º, pois orienta-se pelos princípios constitucionais da “liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

A norma antitruste deve fixar as condições e os parâmetros em que o agente econômico deve sofrer punição ao utilizar o poder econômico de forma abusiva, com vistas a “conquistar ou controlar o mercado de forma injustificada” (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 27). Eros Grau pontua:

21 "A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, modificou a estrutura administrativa, passando as funções relativas ao direito da concorrência da Secretaria de Direito Econômico (SDE) para o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)." Disponível: <https://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/subpaginas_auditoria/secretaria-de-direito-economico>. Acesso em 08 jul. 2019.

As regras da Lei n. 12.529/2011 conferem concreção aos *princípios* da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a *ideologia constitucional* adotada pela Constituição de 1988. Esses princípios coexistem harmonicamente entre si, conformando-se, mutuamente, uns aos outros. (GRAU, 2018, p. 207)

Por meio da Lei nº 12.529/2011, as competências de instrução de processos administrativos realizadas pela SDE e pela SEAE foram incorporadas ao novo Cade, autarquia que passou a instruir e julgar processos relativos às concentrações econômicas e à repressão de ilícitos anticoncorrenciais. O Cade passou a ser constituído por quatro diferentes órgãos internos: Superintendência Geral (SG), Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Departamento de Estudos Econômicos (DEE) e Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade (ProCade). O primeiro órgão é responsável pela instrução de processos administrativos, absorvendo a competência da SDE e da SEAE. O segundo órgão analisa em última instância, na seara administrativa, processos de conduta e atos de concentração. O DEE elabora estudos econômicos relativos a atos de concentração e condutas anticompetitivas após requerimento da SG ou dos Conselheiros do Tribunal. Por fim, a ProCade representa a autarquia em processos judiciais e emite pareceres não vinculativos (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 37 e 38).

Diante essa nova estrutura, a SDE foi extinta e parte da SEAE continua a integrar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência como órgão especializado em advocacia da concorrência, permitindo a análise do impacto concorrencial de medidas regulatórias (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 39).²²

Importante destacar a aplicação no âmbito subjetivo do Direito Antitruste, o art. 31 da Lei nº 12.529/2011 estabelece que a referida legislação será aplicável às pessoas físicas ou jurídicas, independentemente se de direito público ou privado, ainda que desenvolvedoras de atividade econômica sob regime de monopólio legal. A aplicação da Lei antitruste parece ser abrangente, segundo Caio Mário da Silva Pereira Neto, o objetivo do legislador “foi atingir qualquer pessoa ou organização atuante no mercado, cujos atos possam distorcer a concorrência” (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 40).

22 "A Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) foi extinta e duas novas secretarias foram criadas a partir do remanejamento de competências e cargos: a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência; e a Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria, de acordo com o Decreto nº 9.266, de 15 de janeiro de 2018." Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/orgaos/seae>>. Acesso em 08 jul. 2019.

De acordo com a leitura do artigo, é possível afirmar que os agentes estatais que atuam na atividade econômica em sentido estrito também estão sujeitos à legislação de defesa da concorrência (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 40-41).

Contudo, a abrangência da norma não abarca agentes públicos os quais não explorem atividade econômica. Desse modo, órgãos públicos ao executarem ações relacionadas diretamente governamentais, como, por exemplo, regulação, fiscalização e fomento, não estão sujeitos aos mecanismos punitivos do Cade, sendo a advocacia da concorrência a ferramenta mais adequada (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 42).

Cabe ressaltar a possibilidade de atuação do SBDC em alguns setores econômicos que é questão distinta da fixação do âmbito de aplicação da regulação concorrencial. Como observado anteriormente, as Agências Reguladoras possuem competências relativas ao direito concorrencial (FARACO, 2003, p. 20). A ANTT, possui, em alguma medida, competência para atuação em matéria concorrência, como destacado nos arts. 11, XI; 20, II, “b” e 24, IV da Lei nº 10.233/2001.²³

A atuação do SBDC e da Agência Reguladora pode se dar de forma concomitante nos casos de controle de atos de concentração. Operações as quais envolvem transferência de controle societário, fusões, aquisições, incorporações e cisões, muitas vezes, são submetidas ao órgão regulador setorial e ao SBDC, por força do art. 88 da Lei nº 12.529/2011 (FARACO, 2003, p. 22).

Essas competências aparentemente concorrentes, que surgem em relação a um mesmo ato, não implicam necessário fracionamento ou compartilhamento da competência em matéria de direito concorrencial. Também não implicam transferência implícita da competência do CADE ao órgão regulador. São, em princípio, controles voltados a finalidades diversas. A atuação do órgão regulador buscará verificar se o novo controlador de uma concessão ou autorização preenche os requisitos legais exigidos de quem opera no setor, se terá condições de cumprir com eventuais metas, garantias e exigências de investimento, se não prejudicará a estabilidade na oferta dos serviços ou gerará riscos ao funcionamento regular de dado mercado.

Trata-se de análise que enfoca a compatibilidade da operação com restrições e exigências da regulação setorial, as quais não se confundem necessariamente com aquelas decorrentes do direito concorrencial. Assim, as partes da operação deverão não apenas submetê-la à aprovação do órgão regulador, nos termos da

23 A *Pervasive Power Doctrine* determina a existência de imunidade antitruste implícita, se a Agência Reguladora possuir poderes suficientemente extensos a ponto de substituir o sistema de defesa da concorrência e determina o deslocamento da competência para a Agência Reguladora de aplicação do direito antitruste, se os poderes dela forem suficientemente profundos (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p.24).

legislação setorial, mas também ao SBDC nos termos do que dispõe o artigo 88 da Lei nº 12.529/11 (FARACO, 2003, p. 22).

Nessas situações, a Agência Reguladora, ao analisar o aspecto concorrencial, pode aprovar determinada operação em que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência promoveria o questionamento posterior (FARACO, 2003, p. 23). Outra questão surge no momento em que se trata da aplicação da análise antitruste em setores regulados: haveria uma complementariedade entre as duas modalidades de regulação ou a aplicação de uma afastaria a de outra? Questiona-se, ainda, nesse sentido, se o Direito brasileiro adota a teoria da imunidade antitruste *a priori*.

A fim de iluminar a questão acima, cita-se a transferência do controle societário da Companhia São Geraldo de Viação para a Gontijo Participações S.A., ambas empresas de transporte rodoviário interestadual de passageiros. Apesar da Agência Nacional de Transportes Terrestres²⁴ ter aprovado a transferência da Viação São Geraldo por meio da Resolução nº 577, de 16 de junho de 2004, o caso foi levado ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica²⁵ para análise. Também cita-se a cessão de autorização de operação das linhas de transporte rodoviário de passageiros entre a União Transporte Interestadual de Luxo S.A. e Expresso Gardênia Ltda. No âmbito do Cade, foi instaurado o Procedimento Administrativo de Apuração de Ato de Concentração (APAC) nº 08700.011294/2015-12²⁶; e o Ato de Concentração nº 08700.005979/2017-83²⁷.

24 BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Processo Administrativo nº 50500.067154/2015-11. Disponível em: <http://sei.antt.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?z3-naSmpl6_63qczD0vsEegOjw-LCorm020SWqclP62HKAZ52m_NOA3XovV2mCyVF59RvCdEV6BmAE9PzKZ4sAHiUrgWSuOwF1X4r3gcDvkgu7drjyuQAOWsFJYyLAG>. Acesso em 08 maio 2019.

25 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.001396/2004-17. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yN1O4pkNUUg4EBfekr6U2uoo_1xGP3tueZyOSmuv2V5wCX-LxAyBiForGEuraPY-B_yw6Z54OVwQ28DCOmHp6E>. Acesso em 07 maio 2019.

26 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.011294/2015-12. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAXAO1tMiVcl9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcd_VsD4n835PoPzoMMxhQPoHpg11MOqQgO6lbfLvxc1m>. Acesso em 08 maio 2019.

27 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.005979/2017-83. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAXAO1tMiVcl9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTudjMfs0pEBDHWi0ZEhtnYG1ZGSBMDtjlbPknJWvJ_k>. Acesso em 08 maio 2019.

Os casos acima mencionados demonstram que a preocupação com a regulação específica do setor, promovida pela ANTT, e com o exame da matéria concorrencial, promovido pelo Cade, permanecem em searas distintas, apesar de haver pontos de contato. Há possibilidade da Agência Reguladora também promover análise da defesa da concorrência, de forma mitigada, dadas as regras do mercado regulado.

Depreende-se que a regulação econômica, técnica e concorrencial coexistem e atuam de forma complementar. No campo econômico, tanto a regulação interventiva quanto a regulação concorrencial são indispensáveis a fim de se obter uma economia de mercado competitiva (MATIAS-PEREIRA, 2004, p. 44). Conclui-se, portanto, que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência atua ao lado das Agências Reguladoras.

4.5. DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO BRASILEIRO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS

Fundamentada nos pressupostos teóricos expostos no decorrer dos dois capítulos anteriores desta monografia e nos subtópicos acima apresentados, depreende-se que o mercado brasileiro de transporte rodoviário de cargas, como atividade econômica *stricto sensu*, comporta a regulação concorrencial e essa se configura como apta para o bom desenvolvimento do mercado. Essa modalidade de regulação mostra-se adequada, em razão de suas características e suficiente para a seara da atividade econômica em sentido estrito, principalmente em função da estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

A regulação econômica amparada no Direito Antitruste, tal como apresentado, carrega consigo valores institucionais derivados da Constituição Federal, quais sejam a livre iniciativa e a livre concorrência. Mostra-se adequada para o setor do transporte rodoviário de cargas, uma vez que possibilita a atuação, simultânea, da regulação concorrencial. Além disso, a referida regulação viabiliza a correção de distorções do sistema capitalista através da contenção do abuso do poder econômico por intermédio do controle de condutas e estruturas.

O setor de transporte rodoviário de cargas comporta a regulação concorrencial, principalmente quanto ao controle de estruturas. Evita-se a formação de monopólios e

oligopólios naquele mercado, garantindo uma maior estabilidade econômica por meio dessa modalidade de regulação. A doutrina mais abalizada assim propugna:

Finalmente, no caso dos setores regulados em que há concorrência o objetivo tem que ser a garantia contra a instabilidade sistêmica. Isso não se faz através da prevenção de comportamentos de agentes econômicos que ponham em risco essa estabilidade econômica. Medidas concorrenciais preventivas são, portanto, bastante úteis. Mais que úteis, são necessárias, devido às condições concorrenciais específicas desses mercados. (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 92)

Para ilustrar, cita-se o Processo Administrativo nº 08012.007002/2009-49 em que o Tribunal do CADE condenou o Sindicato das Empresas de Transporte de Combustível e Derivados de Petróleo do Estado de Minas Gerais (Sindtanque-MG) e o ex-presidente do sindicato por influenciar a adoção de preços uniformes entre concorrentes, além de criar dificuldades ao funcionamento das distribuidoras de combustível em Minas Gerais.

De acordo com o conselheiro relator do caso, Ricardo Ruiz, a conduta consistia na utilização de uma tabela, enviada a diversas distribuidoras de combustível atuantes em Minas Gerais, na qual eram fixados os valores para os serviços de frete no transporte rodoviário de combustíveis prestado por terceiros. O objetivo era padronizar as condições de negociação e o preço pago às cooperativas e transportadores autônomos para o transporte de combustível da refinaria até os postos revendedores. O Sindtanque-MG também impunha sanções às distribuidoras que descumprissem suas determinações, como incitar paralisações de seus filiados e impedir o acesso de diversas distribuidoras ao terminal de Betim, o que causou sérios problemas de desabastecimento de postos revendedores. Assim, o sindicato impossibilitava que as distribuidoras ofertassem preços de fretes mais vantajosos aos postos. (Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/sinditanque-mg-e-condenado-por-tabelamento-de-preco-de-frete-de-combustiveis>>. Acesso em 08 jul. 2019.)

Nessa lógica, cabe sublinhar que a fixação, por meio de uma tabela, de preços mínimos de fretes referentes ao quilômetro rodado na realização de frete, por eixo carregado, para diferentes tipos de carga, conforme estabelecido na Resolução ANTT nº 5.820, de 30 de maio de 2018 sinaliza uma contradição se se considera o fluxo histórico da atividade regulatória e vai em sentido oposto às proposições e ao ideal liberal tal como estudado no primeiro capítulo da monografia.

A intensa atuação estatal, através da regulação no domínio econômico, quando desrespeitados seus pressupostos e limites, ao ser aplicada na seara da atividade econômica *stricto sensu*, cria o potencial de causar danos ainda maiores que os

anteriores, além de desestimular o desenvolvimento da própria atividade econômica e da regulação específica dessa seara, qual seja, a defesa da livre concorrência, por meio do controle de condutas e estruturas. No mercado brasileiro de transporte rodoviário de cargas, os efeitos danosos de uma intervenção econômica foram mensurados e enumerados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, através de petição de apresentação de manifestação (40700/2018) em sede da ADI nº 5956:

- i) mitigação da liberdade contratual – o estabelecimento de um preço/custo fixo impede que os agentes de mercado interajam de acordo com as especificidades de suas situações, com perdas de eficiência para o atendimento de suas necessidades;
- ii) risco de incremento de custo na cadeia de formação de preço de produtos/serviços – o tabelamento tende a provocar um incremento vinculante no preço final do produto (repass), em prejuízo ao consumidor, seja ele da cadeia de produção e final (limitação da possibilidade de barganha);
- iii) redução da competitividade entre concorrentes – a estipulação forçada/artificial de um custo/preço impede que os concorrentes explorem-no como instrumento de disputa do mercado, gerando uma artificialidade de participações (*market share*);
- iv) risco de redução de incentivos à inovação de mercado por parte dos concorrentes, pelo congelamento da expectativa de lucro – a certeza (ou alta previsibilidade) de manutenção estável de lucro sobre um determinado produto/serviço, sem riscos de perda de participação de mercado (redução do *market share*), tende a desincentivar os competidores a desenvolverem produtos/serviços mais eficientes ou disruptivos;
- v) risco de queda de qualidade do produto/serviço – com a fixação artificial, o preço perde função de sinalização e de punição dos agentes de mercado que não conseguem competir por uma ineficiência na prestação do serviço. Assim, cria-se artificialmente uma tendência à queda de qualidade do mercado como um todo, pela acomodação dos concorrentes;
- vi) risco de desvio de demanda para outros serviços (substituíbilidade), por vantajosidade criada por superprecificação ou subprecificação artificial – o desvio de demanda surge como uma reação aos custos artificialmente estabelecidos e à queda da qualidade do serviço como um todo (perda de otimização do custo-benefício), e geram no horizonte de longo prazo o risco de enfraquecimento do próprio mercado relevante daquele produto/serviço pela perda de interesse dos consumidores em dele se utilizar. Tal circunstância é típica em situações de aumento de oferta em um contexto de pré sobre-oferta (incremento de oferta num cenário que a demanda já não absorvia a oferta pré-existente) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5956 (0072623-46.2018.1.00.0000). Requerente: Associação do Transporte Rodoviário de Carga do Brasil. Relatoria: Ministro Luiz Fux. p. 4. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5481962>>. Acesso em 13 maio 2019.)

Desconsiderando as supracitadas consequências, as intervenções promovidas pelo atual governo desestimulam os agentes privados e causam incerteza no mercado. Pode-se citar como exemplo de atuação estatal que não se compatibiliza com os ideais liberais,

a suspensão do aumento do óleo diesel e o posicionamento acerca dos pisos mínimos de frete para o transporte rodoviário de cargas.

No dia 11 de abril de 2019, após a Petrobras anunciar o reajuste do litro óleo diesel em 5,74%, a estatal sofreu pressão do presidente Jair Bolsonaro que, temendo nova paralisação dos caminhoneiros, contactou Roberto Castello Branco, presidente da Petrobras, pedindo um reajuste menor do óleo diesel, conforme fonte do Palácio do Planalto.²⁸ A solicitação advinda do líder do Poder Executivo gerou uma perda de R\$ 32,4 bilhões em valor de mercado na Bolsa de Valores.²⁹

Em entrevista ao Programa Roda Viva, Tarcísio Gomes de Freitas, Ministro da Infraestrutura do governo de Jair Bolsonaro, ao ser perguntado sobre a política de subsídios dos preços de combustíveis praticados pela Petrobras, responde que o governo não tem a responsabilidade de promover a diminuição dos preços dos combustíveis fósseis, reafirmando a independência da estatal (RODAVIVA, 2019, 32m15s). Todavia, pela exposição realizada acima, percebe-se uma incoerência entre o discurso liberal e a prática intervencionista quanto à política de preços da petrolífera.

Ao tecer comentários sobre a greve dos caminhoneiros, o Ministro da Infraestrutura afirma que o Brasil está na iminência de uma nova crise, devido à instabilidade política (RODAVIVA, 2019, 32m33s). Acrescenta que os transportadores autônomos buscam qualidade de vida. Em razão da queda do produto interno bruto brasileiro e do aumento da frota de caminhões, houve a redução do número de fretes, prejudicando a prestação de serviço a ser realizada pelos caminhoneiros (RODAVIVA, 2019, 34m12s). O governo, nesse sentido, segundo o Ministro Tarcísio Gomes, tomaria medidas para que “os caminhoneiros sobrevivam” (RODAVIVA, 2019, 34m50s).

Questiona-se, no entanto, a viabilidade da prática de intervenção na economia, por meio da fixação de preços mínimos, com o fito de manter um agente econômico privado que se mostra ineficiente em relação a outros agentes econômicos. O modelo liberal clássico orienta-se pela regulação automática do mercado, pois a lei natural do mercado excluiria as empresas que não conseguem oferecer preços menores que seus concorrentes.

28 ESTADÃO CONTEÚDO. Petrobras desiste de subir diesel após pressão de Bolsonaro, diz fonte. Exame, online, 12 abr. 2019. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/economia/petrobras-volta-atras-e-adia-reajuste-do-diesel/>>. Acesso em 13 maio 2019.

29 PRADO, Antonio Carlos. O liberal que virou intervencionista. Istoé, online, 03 maio 2019. Disponível em: <<https://istoe.com.br/o-liberal-que-virou-intervencionista/>>. Acesso em 13 maio 2019.

Quando questionado pelo Professor da Fundação Getúlio Vargas, Gesner Oliveira, sobre o tabelamento do frete, o Ministro da Infraestrutura destacou o crescimento de outros modos de transporte, sobretudo a cabotagem e a ferroviária (RODAVIVA, 2019, 35m13s). Contudo, como ressaltado neste trabalho, houve um aumento da procura por outros modos de transporte, em especial a cabotagem, após a greve dos caminhoneiros em 2018.

Sobre uma possível nova paralisação, o Ministro Tarcísio Gomes reitera que os caminhoneiros, em especial, os transportadores autônomos de cargas, trabalham em condições ruins (RODAVIVA, 2019, 41m30s). Continua afirmando que há possibilidade de uma nova greve de caminhoneiros (RODAVIVA, 2019, 43m29s). O Ministro de Estado afirma que a tabela de preços mínimos de frete é necessária, para que o caminhoneiro garanta sua subsistência, uma vez que sua atividade possui vários custos. Questiona os custos gerados pela regulação e fiscalização promovidas pela Agência Nacional de Transportes Terrestres, como o Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Cargas (RNRT-C) e a necessidade de renovar a carteira nacional de habilitação (CNH) em um curto período de tempo. O Ministro Tarcísio Gomes acrescenta que como os caminhoneiros também têm custos com os despachantes, esses devem ser supridos da cadeia produtiva, conectando transportador direto ao embarcador (RODAVIVA, 2019, 45m26s).

Posição diametralmente oposta à do Ministro da Infraestrutura, a Ministra da Agricultura, Tereza Cristina, defende o fim da tabela que estabelece os preços mínimos de frete rodoviário. Justifica que a medida foi tomada em uma situação de fragilidade, diante à paralisação dos caminhoneiros e complementa que o tabelamento trouxe consequências negativas, prejudicando, inclusive, o agronegócio. Reproduzindo a fala da Ministra durante a abertura da feira Tecnoshow 2019, em Rio Verde, Goiás:

“O tabelamento do frete é ruim para os caminhoneiros. Tenho conversado muito com ministro Tarcísio Gomes de Freitas. Hoje a tabela de frete é perversa para o caminhoneiro e produtor. O ideal é que pudesse ter um acordo entre as partes e não de um tabelamento” (MARTINS, Vanessa; SANTANA, Vitor. Ministra da Agricultura defende fim da tabela de frete: 'Um tiro no pé'. G1 GO, online, 08 abr. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2019/04/08/ministra-da-agricultura-defende-fim-da-tabela-de-frete-um-tiro-no-pe.ghtml>>. Acesso em 14 maio 2019.)

Lideranças dos transportadores autônomos e empresas transportadoras de carga reagiram negativamente à declaração da Ministra da Agricultura do governo de Jair Bolsonaro.³⁰ A partir das declarações dos Ministros da Infraestrutura e da Agricultura, parece que enquanto o primeiro não articula o discurso liberal com a atuação, a segunda parece entender o quão inadequada é a intervenção no domínio econômico no setor brasileiro de transporte rodoviário de cargas diante a necessidade de desenvolvimento do livre mercado, mencionando o conceito de “economia aberta”:

A ministra da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Tereza Cristina, disse nesta segunda-feira (08), que a tabela do frete, que classificou como “perversa”, já está prejudicando tanto os caminhoneiros quanto os setores produtivos. Adiantou que no final de maio a Universidade de São Paulo (USP) divulgará um estudo com uma proposta de tabela. “Mas o ideal é que a tabela caísse pois, afinal, vivemos em uma economia aberta”, defendeu. “Precisamos sentar e conversar, para chegar a um entendimento entre as partes e não criar lei e tabelamento”, acrescentou. (MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. Tabela do frete deveria cair porque prejudica caminhoneiros e setor produtivo, defende Tereza Cristina. Notícias Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, online, 08 abr. 2019. Disponível em: <<http://www.agricultura.gov.br/noticias/tabela-do-frete-deveria-cair-porque-prejudica-caminhoneiros-e-setor-produtivo-defende-tereza-cristina>>. Acesso em 14 maio 2019.)

O Ministro da Infraestrutura do governo de Jair Bolsonaro, ao ser perguntado sobre as consequências negativas da ambiguidade política do governo frente as oportunidades de investimento, responde que o Brasil consegue aparentar a confiabilidade necessária para os seus investidores (RODAVIVA, 2019, 16m30s). Contudo, conforme exposto, a diferença entre o discurso liberal e a prática intervencionista sem lastro em pressupostos e limites afugenta investidores e tem o condão de trazer consequências negativas. A regulação econômica, por meio da intervenção na fixação de preços, é medida que vai de encontro à abertura do mercado e à diminuição da atuação estatal, ou seja, não se coaduna com o discurso liberal.

Como apontado, a regulação concorrencial, capitaneada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, convive com a regulação econômica e a regulação técnica, desenvolvidas pelas Agências Reguladoras. São formas complementares de orientar a atividade econômica, promovendo a eficiência e o bem-estar do consumidor, que

30 MARTÍNEZ-VARGAS, Ivan. Setor de transporte reage a fala de ministra sobre tabela do frete. Folha de São Paulo, online, 08 abr. 2019. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:vfY0uKx7p04J:https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/04/setor-de-transporte-reage-a-fala-de-ministra-sobre-tabela-do-frete.shtml+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 13 maio 2019.

possuem pontos de aproximação e afastamento. Não há que se falar em imunidade antitruste *a priori* no Direito pátrio, como demonstrado, pois a atuação de cada órgão se dá de maneira complementar. Estudos demonstram que

Naqueles espaços concorrenciais abertos expressamente pela lei e pela regulamentação, ou naqueles em que o silêncio da lei é suprido com a negativa de aplicação das regras prudenciais da *State Action Doctrine* ou da *Pervasive Power Doctrine*, o CADE detém competência plena de adjudicação da concorrência, e a tem exercido reiteradamente. Aliás, nessas situações, mesmo quando a agência reguladora detém alguma competência concorrente para implementar normas de defesa da concorrência (e.g., Anatel), o CADE tem se mostrado muito mais ágil em sua aplicação. (PEREIRA NETO; PRADO FILHO, 2016, p. 33)

Ainda, cabe ressaltar que se setores que sofrem incidência da regulação econômica e técnica, como o transporte rodoviário interestadual de passageiros, estão sujeitos ao controle de condutas e ao controle de estruturas integrantes da regulação concorrencial, com mais razão ainda setores como o transporte rodoviário de cargas, devem sujeitar-se à análise antitruste. Essa conclusão foi extraída do penúltimo tópico deste capítulo, em que se estudou a transferência do controle societário da Companhia São Geraldo de Viação para a Gontijo Participações S.A. e cessão de autorização de operação das linhas de transporte rodoviário de passageiros entre União Transporte Interestadual de Luxo S.A. e Expresso Gardênia Ltda. Acrescenta-se o estudo do Processo Administrativo nº 08012.007002/2009-49 em que houve a condenação dos representados que atuavam no transporte de combustíveis pela elaboração da tabela de preços.

Os apontamentos feitos por Paula Forgioni sobre os benefícios da regulação econômica voltado à defesa da concorrência são conclusivos:

A concorrência é o antídoto natural contra o grande mal dos monopólios, apta a regular o mercado, conduzindo ao bem-estar social, sem a necessidade de intervenção estatal, ou seja, a existência do livre mercado seria assegurada sem que se precisasse de maior atuação exógena. Por esse motivo, nesse momento histórico, não havia maiores preocupações em imporem-se limites à liberdade de concorrência. (FORGIONI, 1998, p. 57).

5. DA ANÁLISE DE CASO: A POLÍTICA NACIONAL DE PISOS MÍNIMOS DO TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS (PNPM-TRC)

5.1. DOS FATOS: DA GREVE DOS CAMINHONEIROS À EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 832, DE 27 DE MAIO DE 2018

Este último capítulo objetiva descrever os acontecimentos que levaram à proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5956, ajuizada pela Associação do Transporte Rodoviário de Cargas do Brasil (ATR Brasil) perante o Supremo Tribunal Federal, em 07 de junho de 2018. Para tal, torna-se necessário retroceder ao mês de maio daquele mesmo ano.

Como já fora exposto, em 21 de maio de 2018, representantes da categoria dos caminhoneiros brasileiros promoveram uma mobilização visando o fim dos reajustes dos preços dos combustíveis realizados pela Petrobras, da cobrança de pedágio por eixo suspenso e o da cobrança de PIS e Cofins sobre o óleo diesel, entre outros.

5.1.1. Precedentes da Greve dos Caminhoneiros

Cabe fazer breves anotações acerca dos precedentes do movimento grevista, pois o congelamento do preço do óleo diesel era uma antiga reivindicação dos caminhoneiros autônomos. Alguns economistas apontaram que o Programa BNDES de Sustentação do Investimento (BNDES PSI) que vigorou entre 2009 e 2015 teria originado a greve dos caminhoneiros ocorrida em 2018, uma vez que o referido programa

seria responsável por elevar de maneira artificial a frota de caminhões no país, com impactos baixistas sobre o preço do frete. Com fretes reduzidos, o espaço para aumentos de custos, como o do preço do diesel, também teria diminuído. (BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO. O BNDES e a crise dos caminhoneiros, 14 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/noticias/noticia/caminhoes>>. Acesso em 23 maio 2019.)

O Departamento de Pesquisa Econômica da Área de Planejamento do BNDES realizou estudo nesse sentido, trazendo alguns esclarecimentos sobre a elevação do preço do diesel, derivada do aumento nos preços do petróleo no mercado internacional e da depreciação da taxa de câmbio. Continua que o PSI foi uma política de governo

influenciada pelo contexto de sua criação, em junho de 2009, momento em que o investimento sofrera uma contração de quase 20%. (DEPARTAMENTO DE PESQUISA ECONÔMICA ÁREA DE PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO, 2018, p.1). Assim:

O PSI foi para sustentar a retomada do investimento, visando dar continuidade ao crescimento que até então se verificava. Originalmente, o Programa teria validade de apenas um ano (até junho de 2010), mas as condições de taxas de juros do programa foram sendo endurecidas lentamente até abril de 2012, sob o temor de que um fim brusco dos estímulos derrubasse novamente a atividade. (DEPARTAMENTO DE PESQUISA ECONÔMICA ÁREA DE PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO, 2018, p.2).

O estudo afirma que (i) os menores juros do PSI têm relação com o aumento dos desembolsos do BNDES para aquisição de caminhões e ônibus (DEPARTAMENTO DE PESQUISA ECONÔMICA ÁREA DE PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO, 2018, p. 3); (ii) o aumento no desembolso do BNDES, ou seja, um maior apoio do banco, está associado a uma maior produção de caminhões (DEPARTAMENTO DE PESQUISA ECONÔMICA ÁREA DE PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO, 2018, p. 3); e que (iii) o preço relativo do frete no país não teve uma diminuição diante a maior frota de caminhões (DEPARTAMENTO DE PESQUISA ECONÔMICA ÁREA DE PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO, 2018, p. 5).

Contudo, cabe sublinhar que a terceira conclusão utilizou dados disponibilizados pela ANTT e pela NTC& Logística, uma vez que inexistem dados públicos sistematizados e disponíveis sobre os fretes de transporte rodoviário brasileiro. A NTC&Logística é uma entidade, segundo site institucional, criada em 1963 que tem “como principal objetivo representar os empresários do transporte de cargas em âmbito nacional”.³¹ Não se pode afirmar, portanto, que os dados utilizados na análise da variação do preço do frete são totalmente imparciais.

O Departamento de Pesquisa Econômica da Área de Planejamento do BNDES afirma, por fim, que:

Diante de tudo exposto, **não há evidência suficiente que ampare a existência de um significativo excesso de oferta de caminhões no Brasil**. Em primeiro lugar, no período 2011-2017, a frota nacional de caminhões teve um incremento bastante modesto, atingindo apenas 2,8% a.a.. E, em segundo lugar, os preços dos fretes não tiveram queda significativa, mas sim oscilaram em torno de uma

31 NTC&Logística. Sobre a entidade. Disponível em: <<https://www.portalntc.org.br/home/sobre-a-entidade>>. Acesso em 23 maio 2019.

média. O desempenho frustrante da atividade, associado ao aumento dos custos decorridos recentemente, parecem hipóteses mais promissoras na explicação do fenômeno ocorrido nos últimos dias de maio. (DEPARTAMENTO DE PESQUISA ECONÔMICA ÁREA DE PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO, 2018, p. 7)

Apesar da conclusão do Departamento de Pesquisa Econômica do BNDES, conforme exposto no primeiro capítulo desta monografia, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, em Nota Técnica SEI nº 108/2019/GERET/SUROC/DIR, de 20 de março de 2019, tem entendimento oposto. Segundo a Agência Reguladora, no período de 2010 a 2017, ocorreu um aumento de 27% (vinte e sete por cento) da oferta de caminhões para o transporte de cargas:

16. Somando-se a esse acontecimento, houve um aumento da oferta de caminhões para o transporte de carga no mercado na ordem de 27% no período de 2010 a 2017. Este crescimento significou a ampliação da frota para cerca de dois milhões de caminhões no país. Por outro lado, a economia brasileira neste período cresceu, em média, 0,3% ao ano. Houve picos de crescimento em 2011 e 2013 de 4% e 3%, respectivamente, mas houve retração de 3,5% e 3,3% do Produto Interno Bruto (PIB) em 2015 e 2016, respectivamente. (BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Nota Técnica SEI nº 108/2019/GERET/SUROC/DIR, de 20 de março de 2019, § 16. Referência: Processo nº 50500.302199/2019-63. Disponível em: <<https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=378>>. Acesso em 28 maio 2019.)

5.1.2. A paralisação dos caminhoneiros: de 21 de maio a 01 de junho de 2018

A paralisação dos caminhoneiros iniciada em 21 de maio de 2018, por meio de bloqueios em estradas, de forma descentralizada, impediu abastecimento de alimentos, medicamentos e combustíveis, gerou situações de calamidade em diversas regiões do Brasil, causando incontáveis prejuízos econômicos.

As consequências mais visíveis e comentadas do movimento foram o desabastecimento de combustíveis em postos, fazendo com que o preço aumentasse vertiginosamente, acompanhado da negativa dos frentistas em emitir a nota fiscal, situação propícia ao cometimento de abuso de poder econômico.³² A distribuição de alimentos em supermercados e unidades de processamento de carnes bovina, suína e avícola também foram afetados. As feiras de frutas e legumes também sofreram com o

32 Gasolina chega a R\$ 9,99 em Brasília. motoristas fazem fila em postos. Portal G1 DF, 24 maio 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/combustivel-mais-carro-faz-motoristas-do-df-criarem-fila-em-postos-gasolina-chegou-a-r-10.ghtml>>. Acesso em 23 maio 2019.

desabastecimento.³³ Outros modos de transporte também foram afetados com a greve dos caminhoneiros. Com a escassez de combustíveis, alguns voos domésticos foram cancelados.³⁴

Há um ponto curioso a ser mencionado sobre os organizadores do movimento grevista: apesar da Associação Brasileira de Caminhoneiros (ABCAM), liderada por José Fonseca Lopes, declarar-se a organizadora da greve, vários caminhoneiros aderiram à paralisação de forma espontânea, sendo informados por meio de grupos do aplicativo de conversas *WhatsApp*.³⁵ As mensagens, muitas vezes sem autoria definida, foram compartilhadas pelos integrantes. O compartilhamento de mensagens contendo informações não verificadas insuflava os caminhoneiros os quais, muitas vezes, não sabiam dizer quem eram seus representantes que estavam fazendo as negociações com o Governo Federal, como comprova o trecho desta reportagem:

Os manifestantes que ocuparam as rodovias não sabem muito bem que (*sic*) são seus representantes, mas as mensagens dão a entender que há alguém para defendê-los.

O caminhoneiro autônomo William Batista, 32, disse que as instituições que conversaram com o presidente Michel Temer não representavam quem estava estrada (*sic*). “Mas sei que tem seis pessoas lá [em Brasília] negociando para a gente. Os nomes certinhos eu não sei. Tem um vídeo no WhatsApp, eles estão lá.” Também pela rede social circulam informações de conteúdo duvidoso, como sobre a sempre iminente chegada do Exército para retirá-los da rodovia, e até que militares teriam orientados os caminhoneiros a colocar faixas em apoio a uma intervenção das Forças Armadas para evitar a retirada. Há dezenas delas em diferentes rodovias. (WhatsApp organiza e (des)informa manifestantes pelas rodovias do país. Folha de São Paulo, 27 maio 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/05/whatsapp-organiza-e-desinforma-manifestantes-pelas-rodovias-do-pais.shtml>>. Acesso em 23 maio 2019.)

33 Em 4º dia de greve, cidades ficam sem combustível e sem alimentos. Folha de São Paulo, 24 maio 2018. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:AfAJ87SEcygJ:https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/em-4o-dia-de-greve-cidades-ficam-sem-combustivel-e-sem-alimentos.shtml+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 23 maio 2019.

34 CASAGRANDE, Vincícius. Greve de caminhoneiros: veja situação de aeroportos e dos voos pelo país. UOL ECONOMIA, São Paulo, 24 maio 2018. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2018/05/24/greve-de-caminhoneiros-veja-situacao-de-aeroportos-e-dos-voos-pelo-pais.htm>>. Acesso em 23 maio 2019.

35 PORTINARI, Natália. Entenda a cronologia da paralisação dos caminhoneiros no Brasil. Folha de São Paulo, 27 maio 2018. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:eiVurDIXsilJ:https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/entenda-a-cronologia-da-paralisacao-dos-caminhoneiros-no-brasil.shtml+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 23 maio 2019.

Outras categorias não ligadas aos caminhões, como motoristas de vans³⁶, *motoboys* e motoristas de aplicativos como o *Uber*³⁷ também aderiram à paralisação. Esses grupos aderiram à manifestação contra o aumento dos preços dos combustíveis, em especial, a gasolina.

Além do apoio de outros segmentos sociais, a greve dos caminhoneiros trouxe à tona a percepção da existência de grupos pró-intervenção militar. Através de mensagens, esses grupos insuflavam os caminhoneiros a apoiar uma intervenção militar, gerando a desconcentração da pauta inicial grevista para interesses mais difusos, como o discurso anticorrupção. Em reportagem, a BBC Brasil entrou em cinco grupos fechados criados por líderes dos caminhoneiros para disseminar as informações sobre a greve. Nos referidos grupos, destacam-se as mensagens de apoio ao General Mourão, à época candidato à vice-presidência de Jair Bolsonaro e o uso de símbolos militares conclamando colegas a apoiar uma intervenção nesse sentido:

Em um dos grupos no Facebook - o "Caminhões Top (Só Elite)" -, um motorista publicou um brasão do Exército e convocou os colegas.

"Temos uma grande chance em nossas mãos de aproveitar esta greve para pedir intervenção militar, nova constituinte, e **novas eleições sem os comunistas**, e junto com esta intervenção a **caçada a todos estes ladrões que estão no governo** (...) O Exército entraria em ação em uma semana, vejam, podemos estar a uma semana do **fim desta roubalheira toda**, está em nossas mãos, quem apoia compartilha e curte."

A reação de apoio impressiona: "A situação que o Brasil está hoje era para o Exército já ter tomado de conta dos poderes", dizia um. **"A nossa bandeira jamais será vermelha."**

De outro lado, alguns dos usuários tentavam demover os militaristas: "Militar no poder nunca mais", "Eles são só come e dorme, não vão resolver nada, não se iludam", reagiram alguns - logo **classificados como comunistas** e com palavrões pelos demais. (SENRA, Ricardo. Grupos pró-intervenção militar tentam influenciar rumo de greve dos caminhoneiros. BBC Brasil, 24 maio 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44244583>>. Acesso em 23 maio 2019.) **(grifos nossos)**

A participação de outros segmentos sociais na greve, a movimentação dos grevistas através do compartilhamento de mensagens de autoria desconhecida por meio

36 NIEDERAUER, Ana Paula. Motoristas de vans escolares aderem à paralisação em São Paulo. O Estado de S.Paulo, São Paulo, 25 maio 2018. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:KuWqZQ252jsJ:https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,motoristas-de-vans-escolares-aderem-a-paralisacao-em-sao-paulo,70002323873+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 23 maio 2019.

37 Motoristas do Uber e motoboys se juntam a caminhoneiros em protestos em Brasília. O Estado de S.Paulo, 24 maio 2018. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:WDqVf1TE4XoJ:https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,motoristas-do-uber-e-motoboys-se-juntam-a-caminhoneiros-em-protestos-em-brasilia,70002322755+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 23 maio 2019.

do aplicativo *WhatsApp*, o apoio à intervenção militar naquela rede social e a semelhança do discurso dos caminhoneiros e dos eleitores de Jair Bolsonaro acerca de uma suposta influência comunista no Brasil são elementos que ajudam a refletir sobre a real motivação da manifestação orquestrada pela categoria e a fixação dos preços mínimos de frete para o transporte rodoviário de cargas.

Juntam-se a esses elementos, o fato de que, à época o presidenciável Jair Bolsonaro apoiava a paralisação dos caminhoneiros, declarando que os reajustes realizados nos preços dos combustíveis pela Petrobras eram usados como manobra para encobrir atos de corrupção.³⁸ Acrescenta-se que Wanderlei Alves, um dos líderes da paralisação dos caminhoneiros, afirmou que a categoria aprova as manifestações pró-governo ocorridas no dia 26 de maio de 2018.³⁹

No dia 23 de maio de 2018, o governo Temer reuniu-se com representantes do movimento grevista e o Pedro Parente, presidente da Petrobras à época, anunciou a redução em 10% do preço do diesel nas refinarias da estatal pelos quinze dias seguintes. Apesar das medidas, não houve acordo e a paralisação continuou.⁴⁰

Apenas em 27 de maio de 2018, com o acordo entre Governo Federal e a categoria dos caminhoneiros, os ânimos dos grevistas foram acalmados. Naquele dia, em edição extra do Diário Oficial da União, foram publicadas três medidas provisórias que atendiam as reivindicações dos caminhoneiros. A Medida Provisória nº 831/2018 determina a reserva de trinta por cento do frete contratado pela Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB) para as categorias mais hipossuficientes: cooperativas de transporte autônomo, sindicatos e associações de autônomos. A Medida Provisória nº 833/2018 estabeleceu a dispensa de pagamento de pedágio por eixo suspenso de caminhões para rodovias estaduais, distritais e municipais. Por fim, a Medida Provisória nº 832/2018, posteriormente convertida na Lei nº 13.703, de 08 de agosto de 2018,

38 PITOMBO, João Pedro. Bolsonaro diz que apoia caminhoneiros, mas critica bloqueios de estradas. Folha de São Paulo, 24 maio 2018. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:f-v4Ng7K2DAJ:https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/bolsonaro-diz-que-apoia-caminhoneiros-mas-critica-bloqueios-de-estradas.shtml+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 23 maio 2019.

39 CASTRO, Luiz Felipe. Líder de caminhoneiros apoia ato pró-Bolsonaro: 'Vamos para cima deles'. Veja, 21 maio 2019. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/lder-de-caminhoneiros-apoia-ato-pro-bolsonaro-vamos-para-cima-deles/>>. Acesso em 23 maio 2019.

40 PORTINARI, Natália. Entenda a cronologia da paralisação dos caminhoneiros no Brasil. Folha de São Paulo, 27 maio 2018. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:eiVurDIXsilJ:https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/entenda-a-cronologia-da-paralisacao-dos-caminhoneiros-no-brasil.shtml+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 23 maio 2019.

esmiuçadas neste trabalho de conclusão de curso, referem-se à instituição da Política de Preços Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas.⁴¹

Antes da conversão da MP nº 832/2018 em lei, em 07 de junho de 2019, 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 o referido ato normativo.⁴²

5.2. DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5956/DF

No Supremo Tribunal Federal, a ação direta de inconstitucionalidade protocolada foi identificada com o número 5956 e distribuída ao Ministro Luiz Fux. No presente subtópico, serão expostas os principais argumentos dos órgãos e associações envolvidas no conflito, fazendo, então, uma breve reflexão sobre qual o posicionamento acatado por cada um, de acordo com as reflexões doutrinárias expostas em capítulos anteriores deste trabalho.

Em sua petição, a Associação do Transporte Rodoviário de Cargas afirma que a Medida Provisória nº 832 de 2018 afeta negativamente o princípio da livre iniciativa, sendo capaz de gerar um risco muito alto para a atividade econômica. Reitera que existem causas históricas políticas e macroeconômicas que dão origem à carência dos motoristas autônomos, porém a fixação de preços mínimos para o frete do transporte rodoviário de cargas não se configura uma decisão legítima, uma vez que, segundo interpretação, o constituinte originário veda a intervenção estatal em setores da economia em que a livre iniciativa e a livre concorrência estão presentes.⁴³

41 Congresso recebe medidas provisórias do acordo do governo com caminhoneiros. Câmara dos Deputados, 28 maio 2018. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRANSPORTE-E-TRANSITO/558101-CONGRESSO-RECEBE-MEDIDAS-PROVISORIAS-DO-ACORDO-DO-GOVERNO-COM-CAMINHONEIROS.html>>. Acesso em 23 maio 2019.

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5956. Número único 0072623-46.2018.1.00.0000. Requerente: Associação do Transporte Rodoviário de Carga do Brasil. Data de protocolo: 07/06/2018. Petição Inicial (37106/2018). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5481962>>. Acesso em 31 mar. 2019.

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5956. Número único 0072623-46.2018.1.00.0000. Requerente: Associação do Transporte Rodoviário de Carga do Brasil. Data de protocolo: 07/06/2018. Petição Inicial (37106/2018), p. 3,4,8 e 17. Disponível em: <[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14980267&prcID=5481962#](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14980267&prcID=5481962#>)>. Acesso em 24 maio 2019.

A partir desse posicionamento, percebe-se que a ATR Brasil considera que o mercado do transporte rodoviário de cargas caracteriza-se pela livre iniciativa e livre concorrência, minimizando, assim, a intervenção econômica cujos pressupostos assentam-se nas falhas de mercado. Contudo, apesar de tal diminuição, não foi destacada a importância da regulação econômica através da defesa da livre concorrência para o referido mercado. Esse destaque será realizado na Petição da Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência.

A referida Secretaria inicia afirmando a necessidade de interação e convivência entre os princípios da livre iniciativa e da concorrência e os objetivos da valorização do trabalho humano e da existência digna, conforme apontado por Eros Grau, posicionamento estudado ao longo desta monografia. Estabelece que se a Medida Provisória nº 832 de 2018 trouxesse uma política pública em favor do bem-estar social, o afastamento da concorrência poderia se dar em uma pequena medida, apenas para sua implementação, caso em que o referido ato normativo seria legítimo. Utilizando-se da doutrina elaborada por Calixto Salomão Filho, também exposta neste trabalho de conclusão de curso, afirma que a regulação econômica poderia substituir a livre concorrência se, e somente se, houver uma política expressa nesse sentido e houver uma contínua supervisão do cumprimento das obrigações impostas ao administrado. Uma vez que esse cenário não se concretizou, conclui que a medida não possui legitimidade e tem o potencial de trazer danos ao consumidor, provocado por uma restrição das condições de competição e alocação ineficiente dos recursos econômicos.⁴⁴

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em sua manifestação, detalhou as consequências negativas trazidas através do tabelamento de preços de frete, com o potencial de atingir os próprios caminhoneiros autônomos. Defendeu também preocupações de caráter concorrencial, uma vez que os agentes econômicos atuantes participarão do processo de fixação de preços.⁴⁵

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5956. Número único 0072623-46.2018.1.00.0000. Requerente: Associação do Transporte Rodoviário de Carga do Brasil. Data de protocolo: 07/06/2018. Petição (40186/2018) Ofício SEI nº 44/2018/GABIN/SEPRAC-MF, Ministério da Fazenda, p. 4, 5, 6, 9 e 12. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15053457&prclD=5481962&ad=s#>>. Acesso em 24 maio 2019.

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5956. Número único 0072623-46.2018.1.00.0000. Requerente: Associação do Transporte Rodoviário de Carga do Brasil. Data de protocolo: 07/06/2018. Documentos comprobatórios (40700/2018), p. 4 e 5. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15064048&prclD=5481962#>>. Acesso em 24 maio 2019.

Nota-se, desse modo, que tanto a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência, quanto o Conselho Administrativo de Defesa Econômica mostram-se alinhados à regulação a partir da defesa da livre concorrência, uma vez que os requisitos para a aplicação da regulação econômica na modalidade de fixação de preços não se encontram atendidos; identificando, também as consequências negativas trazidas por uma regulação inadequada.

O Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, através de sua petição, concluiu como inadequada a Medida Provisória nº 832 de 2018, uma vez que a política de fixação de preço mínimo de frete gera o encarecimento dos fretes rodoviários. Afirma que o regime de mercado foi ignorado e criou a obrigatoriedade do embarcador assumir custos de retorno do transportador rodoviário à origem, aumentando sobremaneira os custos para os produtores. Ressalta que o aumento do preço não é absorvido de maneira fácil pelo setor produtivo, principalmente pelos produtores de *commodities* agrícolas, cujos preços são formulados a partir da demanda do mercado internacional, ou seja, fora da esfera de atuação dos produtores.⁴⁶

Apesar de não mencionar expressamente a regulação via defesa da concorrência, o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento considera que a regulação econômica por meio da intervenção traz sérios prejuízos ao mercado brasileiro do transporte rodoviário de cargas, uma vez que esse é qualificado pelo regime de mercado. Desse modo, pode-se afirmar que, ao identificar o setor como atividade econômica em sentido estrito desenvolvida pela iniciativa privada, tal como delineado por Eros Grau, a defesa da concorrência e da livre iniciativa seriam suficientes para garantir o bom funcionamento do mercado.

A posição da Consultoria-Geral da União, por sua vez, é distinta. Em sua manifestação, afirma que a fixação do preço mínimo de frete foi fruto de várias discussões no Parlamento e no Poder Executivo, por suas Agências Reguladoras; sendo, assim, constitui-se uma política pública. Segue defendendo que a medida provisória é consoante o dever estatal de coibir a prestação de serviços injustificadamente abaixo do preço de custo, citando para tal a Lei nº 12.529/2011. Nesse ponto, é importante esclarecer que as

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5956. Número único 0072623-46.2018.1.00.0000. Requerente: Associação do Transporte Rodoviário de Carga do Brasil. Data de protocolo: 07/06/2018. Petição - 8043/2018 - Aviso nº 171/2018/MAPA, p. 3. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748828476&prclD=5481962&ad=s#>>. Acesso em 24 maio 2019.

discussões em torno de valores de frete tidos pela Agência Nacional dos Transportes Terrestres antes da Medida Provisória, não estabeleciam a obrigatoriedade de cumprimento ou piso mínimos, mas apenas estabeleciam uma metodologia de cálculo que permitiria ao transportador conhecer melhor seu custo de transporte e negociar um valor de frete justo com seu contratante, indo mais no sentido de corrigir a falha de mercado de assimetria de informações.

A Consultoria-Geral da União defende ainda que o controle de preços com o intuito de corrigir falhas de mercado é possível e que a Medida Provisória nº 832 de 2018 prestigia o trabalho humano, concluindo, dessa maneira, que a política de fixação do preço mínimo de frete para o transporte rodoviário de cargas é adequado.⁴⁷ Seguindo por essa linha de raciocínio, a Advocacia-Geral da União, em sua petição, retoma que livre iniciativa e livre concorrência não são valores absolutos e que o preço mínimo do transporte de cargas resguarda a dignidade do trabalhador autônomo e não se confunde com a fixação de preço máximo.⁴⁸

Apesar de identificar a espécie de regulação econômica voltada à correção de falhas de mercado, percebe-se que não foram analisadas as mencionadas falhas de mercado, legitimadoras da intervenção no domínio econômico. Como exposto no segundo capítulo desta monografia, não foram identificadas imperfeições de mercado, tal como apontadas por Fábio Nusdeo em sua obra, como a imobilidade dos fatores de produção, a dificuldade ao acesso à informação, a concentração econômica, a existência de externalidades e o suprimento de bens coletivos (NUSDEO, 2001, p. 166).

No mesmo sentido e retomando argumentos já expostos, pela constitucionalidade da Medida Provisória nº 832 de 2018, por meio da Procuradoria Geral Federal, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) afirmou que houve motivos de relevância e urgência justificadores da edição da medida provisória e que essa viabiliza a dignidade da pessoa humana.⁴⁹

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5956. Número único 0072623-46.2018.1.00.0000. Requerente: Associação do Transporte Rodoviário de Carga do Brasil. Data de protocolo: 07/06/2018. Prestação de informações (40549/2018), p. 4, 8, 10 e 12. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15054919&prclD=5481962#>>. Acesso em 24 maio 2019.

48 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5956. Número único 0072623-46.2018.1.00.0000. Requerente: Associação do Transporte Rodoviário de Carga do Brasil. Data de protocolo: 07/06/2018. Petição de apresentação de manifestação (79850/2018), p. 16, 17, 24 e 25. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748807421&prclD=5481962#>>. Acesso em 24 maio 2019.

Contudo, nota-se que foram desconsideradas as consequências negativas da fixação do preço mínimo de frete do transporte rodoviário de cargas, tais como expostas pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência e que, por sua vez, resultariam em um cenário em que a valorização do trabalho humano e a dignidade da pessoa humana não seriam respeitados.

A Procuradoria-Geral da República da mesma maneira que a Advocacia-Geral da União, conclui pela improcedência dos pedidos da ação direta de inconstitucionalidade, afirmando que os princípios da livre concorrência e livre iniciativa podem sofrer mitigação e devem ser interpretados de modo a privilegiar a justiça social e o bem-estar coletivo.⁵⁰

Apresentadas as diferentes posições adotadas na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5956 em face das doutrinas expostas nesta monografia, cabe refletir sobre o debate, no próximo subtópico a partir das exposições realizadas.

5.3. APRECIÇÃO DO DEBATE

5.3.1. Os princípios norteadores e o papel da Agência Nacional dos Transportes Terrestres

O Estado Regulador, como manifestação jurídica-econômica do modelo de Estado Democrático de Direito tem como desafio a harmonização entre o sistema capitalista de produção e o sistema compensatório o qual permite a legitimação do direito e da política (LOPES, 2018, p. 34, 35 e 45). A busca desse equilíbrio reflete-se no domínio econômico por meio da atividade regulatória que visa à preservação da atividade econômica *lato sensu*.

Nesse sentido, a regulação configura-se como atuação estatal e, como exposto, dar-se-á por meio das Agências Reguladoras. A Agência Nacional dos Transportes

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5956. Número único 0072623-46.2018.1.00.0000. Requerente: Associação do Transporte Rodoviário de Carga do Brasil. Data de protocolo: 07/06/2018. Prestação de informações (77095/2018), p. 3 e 4. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748721572&prclD=5481962#>>>. Acesso em 24 maio 2019.

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5956. Número único 0072623-46.2018.1.00.0000. Requerente: Associação do Transporte Rodoviário de Carga do Brasil. Data de protocolo: 07/06/2018. Manifestação da PGR, p. 10. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749569126&prclD=5481962&ad=s#>>>. Acesso em 24 maio 2019.

Terrestres (ANTT) é responsável pelo transporte rodoviário de cargas, conforme disposto no art. 22 da Lei nº 10.233/2001.

Ao debruçar-se sobre as normas referentes a essa Agência Reguladora dos transportes, sublinha-se que, entre os princípios norteadores de sua atuação, em consonância com o art. 11 da referida lei, estão a proteção dos interesses dos consumidores finais quanto à incidência dos fretes nos preços dos produtos que foram transportados, a redução de danos sociais e econômicos, a ampliação da competitividade brasileira no mercado internacional e o incentivo à pesquisa e desenvolvimento na seara de transportes.

Através da Política de Preços Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas, instituída pela Lei nº 13.703, de 08 de agosto de 2018, nota-se que alguns dos princípios caros à Agência Nacional dos Transportes Terrestres foram atenuados. Uma das consequências deletérias da referida política, segundo o Conselho Administrativo de Defesa Econômica⁵¹, é o risco de incremento de custo no processo de formação de preço de produtos, pois a tabela de fretes potencializa o repasse do aumento do custo de produção ao consumidor final. Desse modo, a fixação de preços mínimos de frete para o transporte rodoviário de cargas não promove a proteção dos consumidores finais, o elo mais frágil da cadeia de produção. O CADE destacou, também, que o tabelamento ao promover a proteção da margem de lucro dos prestadores de serviço de transporte, prejudica os próprios prestadores a longo prazo, o que não se coaduna com o princípio da redução de danos sociais e econômicos. Por sua vez, a ampliação da competitividade brasileira no cenário mundial e o incentivo à pesquisa e desenvolvimento também são mitigados quando são citadas a possibilidade de redução da competitividade entre os transportadores; de redução de incentivos à inovação, em razão da conservação estável sobre o lucro; e de desvio de demanda para outros modos de transporte.

As preocupações de ordem concorrencial, apesar de serem essenciais para a autoridade antitruste, também o são para a Agência Reguladora dos Transportes, uma vez que entre os objetivos gerais da ANTT, está a deliberação de conflitos de interesses e

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5956. Número único 0072623-46.2018.1.00.0000. Requerente: Associação do Transporte Rodoviário de Carga do Brasil. Data de protocolo: 07/06/2018. Documentos comprobatórios (40700/2018), p. 4 e 5. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15064048&prcID=5481962#>>. Acesso em 24 maio 2019.

a coibição de cenários os quais caracterizem a competição imperfeita ou infração à ordem econômica, conforme o art. 20 da Lei nº 10.233/2001.

Importa sublinhar que as considerações feitas pela autoridade antitruste estão em sintonia com as conclusões do Grupo de Pesquisa e Extensão em Logística Agroindustrial (Esalq-LOG), da Universidade de São Paulo quanto da análise dos impactos da Política de preços mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas na logística do agronegócio do Brasil. O referido estudo também demonstrou as consequências deletérias do tabelamento, acrescentando a possibilidade de surgimento de um mercado paralegal e de aumento de preços de fretes em outros modos de transporte. A Esalq-LOG assim concluiu:

3) O tabelamento mínimo de fretes traz uma série de impactos na atual estrutura de mercado, encarecendo o transporte de alguns setores do agronegócio brasileiro, conforme apresentando pelas análises comparativas dos preços de mercado e dos valores tabelados.

4) O tabelamento mínimo gera ineficiências alocativas dos recursos na economia, implicando perda de bem-estar, além de possibilitar a existência de um mercado paralelo.

5) O tabelamento mínimo do frete pode gerar desincentivos à diferenciação do transporte em termos de qualidade do serviço prestado.

6) O tabelamento, conforme analisado, aumenta a estrutura do preço do frete praticado no mercado, fomentando a verticalização das operações de transporte nas diversas organizações – o que pode contribuir para a redução da demanda do serviço de transporte terceirizado e consequentemente reduzir os níveis de preços de fretes.

(...)

9) Aumentos nos preços de fretes rodoviários de forma artificial trazem uma série de impactos sistêmicos na economia, inclusive no aumento de preços de fretes de outros modais de transporte, tais como ferrovias e hidrovias – os quais muitas vezes precificam a sua atividade em função de descontos no transporte rodoviário de cargas. (PÉRA; ROCHA; SILVA NETO; CAIXETA-FILHO, 2018, p. 33 e 34)

Dessa maneira, é possível depreender que a regulamentação promovida pela Agência Nacional de Transportes Terrestres, em dissonância com as obrigações trazidas pela Medida Provisória nº 832/2018, deveria estar preocupada com o aumento da competitividade, a proteção dos consumidores finais e com a defesa da livre concorrência. Entretanto, de acordo com o exposto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência e o Grupo de Pesquisa e Extensão em Logística Agroindustrial (Esalq-LOG), a fixação de preços de serviços através de tabelas gera distorções quando à disputa pelo poder econômico no

mercado brasileiro de transporte de cargas e tem o condão de diminuir a preservação dos interesses dos consumidores finais por menores preços.

5.3.2. As características do Mercado brasileiro de Transporte Rodoviário de Cargas e a dificuldade em estabelecer o preço do frete rodoviário

Ao realizar anotações sobre os marcos legais do Transporte Rodoviário de Cargas, destaca-se que o setor cresceu e evoluiu sem interferências estatais quanto à precificação do serviço, porém sofreu regulação setorial de ordem técnica, como por exemplo, a exigência de prévia inscrição no Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Cargas (RNTRC) e os requisitos do transporte de cargas e produtos perigosos.

O mercado do setor, como exposto, é qualificado pela sua competitividade e pela baixa elasticidade-preço da demanda, fazendo com que o equilíbrio entre a oferta e demanda do serviço de transporte rodoviário de cargas seja ajustado pela eliminação de agentes ineficientes economicamente. O excesso de oferta do serviço, como apontado pela ANTT e questionado pelo BNDES, torna-se um dos motores para a insatisfação dos motoristas autônomos, já que, como agentes econômicos ineficientes, não são excluídos imediatamente do mercado pois conseguem sacrificar suas margens de lucros em prol de sua permanência (CNI, p. 24-26).

A concorrência no mercado de transporte rodoviário de cargas torna-se ainda mais evidente se se estuda as cargas com baixo valor agregado e poucas especificidades, caso dos produtos agrícolas, por exemplo. Em estudo coordenado pelo grupo Esalq-LOG da Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz da Universidade de São Paulo, descobriu-se que em relação a essa espécie de carga, existe uma tendência para a concorrência quase perfeita, uma vez que, os produtos são supostamente homogêneos, há baixas barreiras à entrada e saída de agentes do mercado, além da abundância de ofertantes e demandantes dos serviços.⁵²

Além da estrutura que favorece a competição no mercado brasileiro de transporte rodoviário de cargas, deve-se destacar, também, a dificuldade em precisar o preço do

⁵² Jornal da USP. Impactos da política de preços mínimos do transporte rodoviário. Jornal da USP, online, 23 julho 2018. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/artigos/impactos-da-politica-de-precos-minimos-do-transporte-rodoviario/>>. Acesso em 29 maio 2019.

frete nessa modalidade de transporte, uma vez que a sua formação depende da estrutura de mercado o qual preocupa-se, essencialmente, com a busca o equilíbrio entre oferta e demanda de serviços e não se relaciona, de forma estrita, com a estrutura de custos de transporte. Nesse sentido, são várias as variáveis a serem levadas em consideração para o cálculo do piso mínimo de frete rodoviário, como ressaltado pelo grupo Esalq-LOG:

O preço do frete rodoviário depende de uma série de fatores como: distância percorrida, especificidade e quantidade da carga transportada, sazonalidade da demanda e da oferta por transporte, peculiaridades regionais tanto na origem quanto no destino, possibilidade de carga de retorno, concorrência ou complementariedade com outras modalidades de transporte, estado de conservação das vias, pedágios e balanças nas vias, prazos de entrega, concorrência com outros produtos na região, nível de capacidade de armazenagem na região de origem, dentre outros. (Jornal da USP. Impactos da política de preços mínimos do transporte rodoviário. Jornal da USP, online, 23 julho 2018. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/artigos/impactos-da-politica-de-precos-minimos-do-transporte-rodoviario/>>. Acesso em 29 maio 2019.)

A Audiência Pública nº 002/2019, realizada em Brasília, Distrito Federal, pela Agência Nacional de Transportes Terrestres, no dia 23.05.2019, trouxe alguns esclarecimentos interessantes sobre a dificuldade em estabelecer pisos mínimos de frete para o transporte rodoviário de cargas. A fixação de preços mínimos no TRC também demonstra sua complexidade quando se analisam os votos que embasaram a aprovação das Resoluções ANTT nº 5.820 e 5.821/2018:

Por meio da Nota Técnica nº 22, a área técnica ressaltou que o estabelecimento de valores mínimos para remuneração dos transportadores rodoviários de cargas, via tabelamento de valores, procedimento de altíssima complexidade considerando-se as inúmeras variáveis que impactam na definição de valor do frete, em razão de cada tipo de carga, diferentes estruturas de custos dos transportadores (empresas, autônomos e cooperativas), realidades regionais diferentes no país, condições de negociação usuais em mercados de livre concorrência etc. (Disponível em: <http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/Voto_DMV_1572018.pdf>. Acesso em 08 jul. 2019.)

No início da exposição realizada pelo Coordenador Geral do Grupo Esalq-LOG, José Vicente Caixeta Filho, ele reitera que a política nacional de pisos de fretes do transporte rodoviário de cargas deve ser tratado como tabelamento (CANAL ANTT, 2019, 10min50s). O grupo contratado para realizar a revisão da proposta é contra qualquer tipo de tabelamento de preços, especialmente no setor de serviços, como o serviço de transporte rodoviário de cargas (CANAL ANTT, 2019, 11min17s).

Nesse sentido, depreende-se que da própria estrutura complexa e competitiva do mercado brasileiro de transporte de cargas, surgem os obstáculos para a fixação de um preço mínimo para o frete. A Lei nº 13.703/2018 e a Resolução ANTT nº 5.820, de 30 de maio de 2018, ao elaborar a tabela com preços mínimos devem estar atentas não só à especificidade de cada carga, como também às características próprias do mercado.

5.3.3. No espectro da Regulação Econômica: ajustando o “termostato”

Pelo que fora delineado nos capítulos II e III deste trabalho de conclusão de curso, percebe-se que a regulação econômica possui diferentes intensidades, variando desde a qualificada pela intervenção ampla e profunda no domínio econômico, característica dos serviços públicos e da atividade econômica *stricto sensu* desenvolvida pelo Estado; até aquela voltada para defesa da concorrência, característica do regime de livre mercado e incidente sobre as atividades econômicas em sentido estrito desenvolvidas, essencialmente, pelos agentes da iniciativa privada.

Como atividade econômica sujeita à regulação da Agência Nacional de Transportes Terrestres, o serviço de transporte rodoviário de cargas não comporta, *a priori*, uma intervenção tão incisiva quanto a primeira modalidade de regulação econômica, marcante dos serviços públicos. O livre mercado de transporte rodoviário de cargas sofre incidência das regulações jurídica e técnica, mas admite também a regulação específica voltada à defesa da livre concorrência.

A fixação de preços mínimos para o transporte rodoviário de cargas configura-se como uma medida de controle de preços, ou seja, qualifica-se como uma ferramenta de intervenção por direção, segundo classificação proposta por Eros Grau (2006, p. 148-149). No entanto, tal medida pressupõe a existência de falhas de mercado, como ensina Fábio Nusdeo (2001, p. 163-166) e deve estar amparada em certos limites constitucionais, como os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência, da razoabilidade e da valorização do trabalho humano, conforme exposto por Luís Roberto Barroso (2001, p. 204-205).

A partir dos estudos realizados nesta monografia, uma vez não constatadas as referidas falhas de mercado no setor do transporte rodoviário de cargas, a regulação

econômica no sentido de tabelamento dos preços mínimos para a prestação do serviço torna-se inadequada.

A livre iniciativa e a livre concorrência, assim como a valorização do trabalho humano, necessitam ser analisados, uma vez estabelecida a política de preços de frete, a partir dos efeitos causados. Os resultados previstos pela autoridade da defesa da concorrência, em sede da ADI nº 5956/DF, não estão em consonância com os princípios constitucionais acima referidos. Através da mitigação da liberdade de fixação de preços, a competitividade é diminuída e o trabalho é desvalorizado.

Por sua vez, a regulação econômica característica das atividades econômicas *stricto sensu*, voltada para a defesa da concorrência, privilegia os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência que atuam como guias para sua aplicação.

A livre iniciativa abarca a atuação do Estado tanto no sentido de promover a garantia da segurança jurídica, quanto no sentido de prover a infraestrutura indispensável para investimentos, resultando, desse modo, na circulação de riquezas (BAGNOLI, 2013, p. 77). Já a livre concorrência faz com que o Estado garanta um patamar de igualdade, no início do processo competitivo, através da proteção dos contratos e do direito à propriedade, garantindo, também, a circulação de bens e serviços (GRAU, 2018, p. 204).

Nesse sentido, a regulação econômica via defesa da concorrência faz com que o Estado atue no sentido de corrigir comportamentos dos agentes de mercado que gerariam prejuízos à concorrência (FORNGIONI, 1998, p. 230). A partir dos pressupostos estudados, é possível concluir que o mercado do transporte rodoviário de cargas sujeita-se à regulação concorrencial, a qual é normatizada pelo Direito Antitruste, abrangendo o controle de condutas e de estruturas. É mister lembrar que a regulação econômica não se confunde com mecanismos de política econômica, pois se configuram como garantias sistêmica e funcional, permitindo a estabilidade das relações econômicas e o incentivo do desenvolvimento econômico, de forma colateral (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 135 e 136).

Como ensina Calixto Salomão Filho (2008, p. 157), se a regulação antitruste e a regulação econômica intervencionista não podem perseguir, como fim autônomo, o objetivo de política econômica, pode-se afirmar que essas são ferramentas para o alcance do equilíbrio entre os agentes de mercado e, portanto, não devem conceder proteções excessivas a este ou àquele agente econômico.

Como exposto no terceiro capítulo deste trabalho, o Direito da Concorrência é marcado pela instrumentalidade das suas regras (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 39), que servem como mecanismo de organização dos mercados, permitindo, por sua vez, a atuação do Estado sobre a economia (FORGIONI, 1998, p. 81).

De acordo com os estudos realizados acerca do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nota-se que as regras estabelecidas na Lei nº 12.529/2011 dão concretude aos princípios previstos na Constituição Federal de 1988 da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico (GRAU, 2018, p. 207), fazendo com que a aplicação de regras antitruste ao mercado de transporte rodoviário de cargas torne-se adequada.

Como argumento de defesa em relação à Lei nº 13.703/2018, foi citada a existência de imunidade antitruste. Dessa maneira, a autoridade de defesa da concorrência deveria frear sua atuação, tendo em vista que a matéria compete à Agência Reguladora especializada, qual seja, a Agência Nacional dos Transportes Terrestres. Entretanto, no direito brasileiro, percebe-se que não se adota a teoria da imunidade antitruste *a priori*, conclusão retirada da análise de dois casos: a transferência do controle societário da Companhia São Geraldo de Viação para a Gontijo Participações S.A. e a cessão de autorização de operação das linhas de transporte rodoviário de passageiros entre a União Transporte Interestadual de Luxo S.A. e Expresso Gardênia Ltda..

Em consonância com a doutrina regulatória mais abalizada, é possível concluir, portanto, que a regulação econômica voltada à defesa da concorrência é capaz de regular o mercado, possibilitando o bem-estar social e evitando a intervenção estatal no sentido de fixação de preços mínimos (FORGIONI, 1998, p. 57). Dessa maneira, o transporte rodoviário de cargas, ao sujeitar-se a essa modalidade de regulação econômica, alcançará resultados mais positivos.

5.3.4. Entendimento prévio do Supremo Tribunal Federal: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 632.644/DF

A conclusão acima exposta está em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como revela o trecho da ementa do acórdão do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 632.644, de relatoria do Ministro Luiz Fux:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. **INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO.** RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. FIXAÇÃO PELO PODER EXECUTIVO DOS PREÇOS DOS PRODUTOS DERIVADOS DA CANA-DE-AÇÚCAR ABAIXO DO PREÇO DE CUSTO. DANO MATERIAL. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. 1. A intervenção estatal na economia como instrumento de regulação dos setores econômicos é consagrada pela Carta Magna de 1988. **2. Deveras, a intervenção deve ser exercida com respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica, cuja previsão resta plasmada no art. 170 da Constituição Federal, de modo a não malferir o princípio da livre iniciativa, um dos pilares da república (art. 1º da CF/1988).** Nesse sentido, confira-se abalizada doutrina: As atividades econômicas surgem e se desenvolvem por força de suas próprias leis, decorrentes da livre empresa, da livre concorrência e do livre jogo dos mercados. Essa ordem, no entanto, pode ser quebrada ou distorcida em razão de monopólios, oligopólios, cartéis, trustes e outras deformações que caracterizam a concentração do poder econômico nas mãos de um ou de poucos. Essas deformações da ordem econômica acabam, de um lado, por aniquilar qualquer iniciativa, sufocar toda a concorrência e por dominar, em consequência, os mercados e, de outro, por desestimular a produção, a pesquisa e o aperfeiçoamento. Em suma, desafiam o próprio Estado, que se vê obrigado a intervir para proteger aqueles valores, consubstanciados nos regimes da livre empresa, da livre concorrência e do livre embate dos mercados, e para manter constante a compatibilização, característica da economia atual, da liberdade de iniciativa e do ganho ou lucro com o interesse social. A intervenção está, substancialmente, consagrada na Constituição Federal nos arts. 173 e 174. Nesse sentido ensina Duciran Van Marsen Farena (RPGE, 32:71) que "O instituto da intervenção, em todas suas modalidades encontra previsão abstrata nos artigos 173 e 174, da Lei Maior. O primeiro desses dispositivos permite ao Estado explorar diretamente a atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. O segundo outorga ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica. o poder para exercer, na forma da lei as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo esse determinante para o setor público e indicativo para o privado". **Pela intervenção o Estado, com o fito de assegurar a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social (art. 170 da CF), pode restringir, condicionar ou mesmo suprimir a iniciativa privada em certa área da atividade econômica. Não obstante, os atos e medidas que consubstanciam a intervenção não de respeitar os princípios constitucionais que a conformam com o Estado Democrático de Direito, consignado expressamente em nossa Lei Maior, como é o princípio da livre iniciativa.** Lúcia Valle Figueiredo, sempre precisa, alerta a esse respeito que "As balizas da intervenção serão, sempre e sempre, ditadas pela principiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa" (DIÓGENES GASPARINI, in Curso de Direito Administrativo, 8ª Edição, Ed. Saraiva, págs. 629/630, cit., p. 64). **3. O Supremo Tribunal Federal firmou a orientação no sentido de que "a desobediência aos próprios termos da política econômica estadual desenvolvida, gerando danos patrimoniais aos agentes econômicos envolvidos, são fatores que acarretam insegurança e instabilidade, desfavoráveis à coletividade e, em última análise, ao próprio consumidor."**

(RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 24/03/2006). (...) 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 632644 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 09-05-2012 PUBLIC 10-05-2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1978810>>. Acesso em 28 maio 2019.) **(grifos nossos)**

O referido processo discute a responsabilidade objetiva da União por danos materiais causados às empresas agrícolas, entre junho de 1988 e maio de 1993, resultantes da fixação dos preços da cana-de-açúcar e derivados abaixo do valor estabelecido de acordo com a Lei nº 4.870/1965.

O Ministro Relator inicia seu voto afirmando que a intervenção do Estado no domínio econômico é ferramenta de regulação, conforme disposto na Constituição Federal de 1988. No entanto, o princípio da livre iniciativa, como fundamento da República, deve ser respeitado no momento do exercício da intervenção. Ao final do julgamento, nos termos do voto do Relator, o agravo regimental interposto pela União teve provimento negado, pela maioria de votos.⁵³

Esse caso ajuda a refletir sobre a dificuldade em estabelecer preços mínimos para a realização de uma atividade econômica, considerando que as atividades econômicas em sentido estrito requerem um estudo sobre a estrutura de custos, cujos elementos não são de fácil mensuração.

Além disso, ressalta a posição do Supremo Tribunal Federal quanto à importância do respeito aos princípios constitucionais, em especial a livre iniciativa, ao estabelecer uma intervenção estatal por meio da fixação de preços mínimos abaixo do preço de custo. Salta aos olhos, a possibilidade de responsabilização da União Federal por danos materiais, ficando sujeita ao pagamento de indenização.

Como destacado pela atuação da Agência Nacional de Transportes Terrestres e pelo Grupo Esalq-LOG, são encontradas dificuldades para o estabelecimento de preços mínimos de frete no transporte rodoviário de cargas, uma vez que essa atividade não está ligada, tão somente, à estrutura de custos, a qual apresenta várias variáveis, como também, está relacionada à demanda pelo transporte e a flutuação da oferta dos bens a serem transportados.

53 RE 632644 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 09-05-2012 PUBLIC 10-05-2012. p. 10 e 15. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1978810>>. Acesso em 28 maio 2019.

Nesse sentido, percebe-se que, caso haja tabelamento do preço mínimo de fretes rodoviários abaixo do preço de custo e um agente econômico do setor sofrer danos causados pela fixação de preços de maneira inadequada, existem subsídios para pleitear indenização por danos materiais.

5.3.5. Experiências Anteriores no Mercado brasileiro de Transporte Rodoviário de Cargas

José Caixeta-Filho rememora que houve uma tentativa, na história do transporte rodoviário de cargas, de publicar tabelas de referência para o preço do frete. A Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas e a Associação Nacional do Transporte Rodoviário de Cargas trabalhavam em conjunto, em 1979, construindo tabelas as quais traziam tarifas técnicas para o transporte de cargas gerais. No início dos negócios do mercado do frete, as referidas tabelas tiveram sua importância, todavia, com o passar do tempo, os valores de frete publicados estavam se distanciando cada vez mais daqueles praticados pelo mercado (CAIXETA-FILHO, 1998, p. 43 e 44).

Diante do fracasso do tabelamento dos preços do frete do transporte rodoviário de cargas, o grupo Esalq-LOG afirma que “a história é sábia e pode nos ajudar em muito a evitar erros observados no passado” (PÉRA; ROCHA; SILVA NETO; CAIXETA-FILHO, 2018, p. 34).

5.4. CONTORNOS PARA UMA CONCLUSÃO

Neste capítulo, ressaltou-se que a manifestação promovida pelos caminhoneiros autônomos abarcava propósitos distintos, como a cessação dos reajustes dos preços de combustíveis pela Petrobras e o fim da cobrança de pedágio por eixo suspenso. Às pautas dos grevistas, pode-se afirmar que um dos potencializadores do movimento foi o crescimento da oferta de caminhões para o setor do transporte de carga no período anterior à greve, conforme detectado pela Agência Nacional dos Transportes Terrestres.

A greve dos caminhoneiros, fomentada pelo encaminhamento de mensagens via *Whatsapp*, permitiu que outras pautas, mais difusas, como o discurso anticorrupção e o apoio à intervenção militar, surgissem.

A partir das considerações realizadas e do estudo da doutrina consultada, depreende-se que a intervenção econômica, através da fixação de preços mínimos de frete para o transporte rodoviário de cargas, é desaconselhável.

Em primeiro lugar, os princípios que norteiam a atuação da Agência Nacional dos Transportes Terrestres devem ser rememorados. O art. 11 da Lei nº 10.233/2001 estabelece como princípios gerais para o transporte terrestre, entre outros, a proteção dos consumidores finais quanto à incidência dos fretes nos preços dos produtos transportados e a ampliação da competitividade do Brasil no cenário internacional. Devem ser recordados também que dentre os objetivos gerais da Agência Reguladora previstos no art. 20 da Lei nº 10.233/2001, estão a coibição de cenários que caracterizem competição imperfeita ou infração à ordem econômica. As consequências deletérias da Política de Preços Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas têm o condão de violar os referidos princípios e chocam-se com os objetivos gerais da ANTT, que se preocupa com a criação de um ambiente concorrencial.

Em segundo lugar, pelo que foi exposto, percebe-se que o mercado do transporte rodoviário de cargas possui elevada competitividade, fazendo com que os agentes econômicos exerçam uma concorrência entre si, baseando-se na eficiência. Uma vez que vários fatores externos àquele mercado contribuem para a formação do preço do frete, o cálculo para a fixação de um preço mínimo torna-se uma árdua tarefa. Esse segundo aspecto desdobra-se na reflexão sobre a possibilidade de responsabilização por dano material caso haja fixação de preços, pelo Poder Executivo, abaixo dos preços de custo, conforme acórdão do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 632.644/DF. Acrescenta-se também a fracassada tentativa de elaboração de tabelas de referência para o preço do frete de transporte de cargas em 1979.

Em terceiro lugar, apoiando-se nos estudos realizados por Eros Grau (2006, p. 92, 93, 94, 148 e 149), depreende-se que a atuação estatal no processo econômico pode se dar na seara dos serviços públicos ou na seara da atividade econômica em sentido estrito. Quando atua na última seara, o Estado adentra o campo em que os agentes da iniciativa privada desenvolvem suas atividades, devendo, pois, adotar comportamento distinto daquele quando atua na seara dos serviços públicos. A intervenção do Estado na seara econômica, por sua vez, permite que a atuação como regulador do domínio

econômico. O controle estatal de preços é uma das modalidades da intervenção por direção disponíveis.

A partir das considerações realizadas por Fábio Nusdeo (2001, p. 163-166) e Luís Roberto Barroso (2001, p. 204-205), deduz-se que a intervenção estatal no domínio econômico deve pressupor a existência de falhas de mercado e deve amparar-se nos princípios constitucionais, notavelmente, da livre iniciativa, da livre concorrência, da razoabilidade e da valorização do trabalho humano.

Adotando a doutrina supracitada, conclui-se que, como o serviço de transporte rodoviário de cargas é uma atividade econômica *stricto sensu* dominada pela iniciativa privada cujo mercado não apresenta falhas de mercado e se comporta de acordo com os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; a intervenção econômica nomeada Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário, viabilizada através da Lei nº 13.703/2018, é desaconselhada.

No entanto, como alerta Ana Frazão (2017, p. 78), as posturas naturalísticas ou deterministas quanto à ausência de regulação do mercado são rechaçadas, uma vez que a regulação é fenômeno essencial para a criação e o desenvolvimento do mercado. A discussão é sobre "*como, em que medida e para que*" a regulação deveria existir (FRAZÃO, 2017, p. 78).

Dessa maneira, ao debruçar-se sobre os estudos realizados por Calixto Salomão Filho (2008, p. 39 e 157) e Paula Andréa Forgioni (1998, p. 81 e 230), nota-se que a regulação econômica voltada à defesa da livre concorrência e instrumentalizada por meio do Direito Antitruste permite a atuação do Estado sobre a economia com o fito de alcançar um estado de equilíbrio entre os agentes econômicos, corrigindo comportamentos e estruturas prejudiciais à concorrência.

A Lei nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, permite a materialização do Direito Antitruste no ordenamento jurídico brasileiro ao mesmo tempo em que promove a concretude dos princípios constitucionais da ordem econômica, como a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa dos consumidores e a repressão ao abuso econômico (GRAU, 2018, p. 207).

Nesse sentido, a partir do entendimento dos referidos autores, é aconselhável que o mercado brasileiro do transporte rodoviário de cargas esteja submetido à regulação

econômica concorrencial, e conseqüentemente, que haja liberdade tarifária, uma vez que, não só a Agência Nacional dos Transportes Terrestres como o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência estão aptos a promover um ambiente concorrencial que materialize os princípios da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano no setor.

Dentro dessa perspectiva, pode-se perceber que, ao estudar as diferentes formas de intervenção estatal no domínio econômico, compreende-se como o ordenamento econômico de um país está configurado. Como ensina Vinícius Marques de Carvalho (2002, p. 13), essa análise “possibilita identificar a divisão de esferas entre o Estado intervencionista e regulamentador da atividade econômica e aquele que se limita a organizar as forças de mercado por meio da aplicação do Direito Concorrencial”.

6. CONCLUSÕES

A presente monografia tratou da regulação econômica prevista na Medida Provisória nº 832/2018, posteriormente convertida em Lei nº 13.703, de 08 de agosto de 2018, promovida pelo Estado, por meio da Agência Nacional dos Transportes Terrestres (ANTT), consubstanciada na Política dos Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas, em que se propõe a criação de uma tabela com preços mínimos de fretes referentes ao quilômetro rodado na realização do serviço de transporte rodoviário de cargas, por eixo carregado, para diferentes tipos de cargas.

O interesse no tema surgiu com a constatação da importância do transporte rodoviário de cargas para o escoamento e distribuição da produção brasileira. Como descrito, a paralisação dos caminhoneiros autônomos gerou o desabastecimento de alimentos e remédios e escassez de combustíveis pelo país. A dependência desse modo faz com que seja necessária a criação de regras claras possibilitando o transporte de cargas de forma eficiente.

O objeto geral do presente trabalho de conclusão de curso envolvia demonstrar elementos decisórios quanto à regulação estatal, questionando se a fixação de preços mínimos de fretes rodoviários, exemplo de regulação econômica promovida pelo Estado através da intervenção direta, encontra respaldo na teoria regulatória econômica ora estudada.

O ponto central desta monografia foi a constatação da existência de duas modalidades de regulação econômica a partir das considerações feitas por Eros Grau (2006, p. 92, 93, 94, 148 e 149) quanto à atuação do Estado no domínio econômico. A divisão entre serviços públicos e atividade econômica *stricto sensu* faz com que se perceba a existência da função estatal de regulador do processo econômico.

Aprofundando essa perspectiva, por meio dos estudos de Fábio Nusdeo (2001, p. 163-166), foi possível notar que a intervenção do Estado na atividade econômica em sentido estrito requer, essencialmente, a existência de falhas de mercado. As cinco espécies de imperfeições de mercado foram examinadas uma a uma no segundo capítulo deste trabalho e não foram encontradas falhas de mercado justificadoras de fixação de preços mínimos quanto ao mercado de TRC.

Adotando essa linha de raciocínio e levando em consideração as anotações de Roberto Barroso (2001, p. 204-205), foram encontrados os limites constitucionais e principiológicos para a regulação econômica na modalidade interventiva. Os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da valorização do trabalho humano ao mesmo tempo em que atuam como balizas para a atuação estatal, funcionam como princípios da ordem econômica, conforme exposto por Eros Grau (2006, p. 193 e 194).

Uma vez constada a inexistência de amparo doutrinário, consoante o estudo das observações dos três referidos mestres, para a intervenção direta no domínio econômico por meio da fixação de preços mínimos de frete, recorreu-se aos ensinamentos de Calixto Salomão Filho e Paula Forgioni com o fito de demonstrar a possibilidade de submissão do setor brasileiro de transporte rodoviário de cargas à regulação econômica voltada à defesa da livre concorrência.

O controle de condutas anticompetitivas e o controle de estruturas anticoncorrenciais viabilizada por meio do Direito da Concorrência faz com que o Estado atue sobre o domínio econômico com menor veemência que a intervenção direta, garantindo o equilíbrio entre os agentes de mercado de uma maneira diferenciada (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 39 e 157; FORGIONI, 1998, p. 81 e 230).

Ressalta-se que não foram ignorados alguns pontos fundamentais para a compreensão da regulação econômica do transporte brasileiro rodoviário de cargas, como a evolução normativa; a análise de mercado em que o setor está inserido; o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao cabimento de indenização por dano material decorrente da fixação pelo Poder Executivo dos preços abaixo do preço de custo; e a experiência anterior quanto à publicação de tabelas de referência para o preço do frete em 1979.

Reforça-se que, foram analisados também os princípios balizadores e os objetivos gerais da atuação da Agência Nacional dos Transportes Terrestres previstos nos arts. 11 e 20 da Lei nº 10.233/2001.

Por fim, cabe sublinhar que, as consequências deletérias da fixação de preços de mercado, tal como defendido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, foram repetidas à exaustão, uma vez que a referida medida tem o condão de gerar efeitos os quais assemelham-se a de um cartel.

A conclusão a que se chega é que a Política dos Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas, como regulação econômica marcada pela intervenção direta, não se ampara na doutrina regulatória ora consultada.

Destaca-se, por fim, que o presente trabalho de conclusão de curso não tem o objetivo de esgotar o tema, uma vez que a relevância do modo rodoviário é inegável. O seu campo de estudo possibilita uma futura evolução da pesquisa sobre o assunto. De um lado, é possível realizar uma pesquisa comparativa com os resultados obtidos do regime de liberdade tarifária do setor de transporte aéreo, avaliando possíveis benefícios ao consumidor e à concorrência. Ainda nesse sentido, pertinente o estudo comparativo especificamente sobre o mercado aéreo de carga, com o fito de verificar as diferenças de mercado e regulatórias entre eles. Por outro lado, há possibilidade de análise das experiências internacionais quanto aos processos de regulamentação e desregulamentação do transporte rodoviário de cargas, focando-se na observação do aumento ou diminuição dos preços dos fretes, com vistas a subsidiar prováveis decisões envolvendo o transporte rodoviário de cargas brasileiro (TEDESCO, 2011, p. 92 e 99).

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Reforma regulatória: conceitos, experiências e recomendações. **Revista do Serviço Público**, v. 50, n. 2, p. 19-50, 1999. Disponível em: <<http://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/345/525>>. Acesso em 04 maio 2019.

ALVES, Flávia Neves Rocha; PECL, Alketa. Análise de Impacto Regulatório: uma nova ferramenta para a melhoria da regulação na Anvisa. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, n. 4, p. 802-805, agosto 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000400023&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 05 jun. 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO JÚNIOR, Ari Francisco; SHIKIDA, Cláudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, L. B. (Org.) **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014a. p. 34-74.

ARAÚJO JÚNIOR, Ari Francisco; SHIKIDA, Cláudio Djissey. Macroeconomia. In: TIMM, L. B. (Org.) **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014b. p. 75-114.

ARANHA, Márcio Lório. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 3. ed. rev. ampl. London: Laccademia Publishing, 2015.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Análise Econômica da Defesa da Concorrência. In: TIMM, L. B. (Org.) **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 266-295.

BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BARRIONUEVO, ARTHUR. A formação distorcida de preços administrados na experiência brasileira recente. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 35, n. 3, p. 475-491, setembro 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572015000300475&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 22 abr. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out. 2001. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47240/44652>>. Acesso em 19 abr. 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Estatísticas dos Transportadores e Frota Registrados – 2010 a 2016**. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/transportadores_e_frota_registrados__2010_a_2016.pdf>. Acesso em 05 abr. 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Guia do RNTRC para os transportadores.** Agosto, 2018. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/2018/08/13/Guia_do_RNTRC_para_os_Transportadores_V_24.pdf>. Acesso em 11 abr. 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Nota Técnica SEI nº 108/2019/GERET/SUROC/DIR, de 20 de março de 2019.** Referência: Processo nº 50500.302199/2019-63. Disponível em: <<https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=378>>. Acesso em 05 abr. 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Transporte Terrestres. **Nota Técnica SEI nº 108/2019/GERET/SUROC/DIR (Versão do Sistema SEI), 20 de março de 2019.** Referência: Processo nº 50500.302199/2019-63. Disponível em: <<https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=378>>. Acesso em 30 abr. 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Nota Técnica SEI nº 1107/2019/GERET/SUROC/DIR.** Referência: Processo nº 50500.322836/2019-18. Disponível em: <<https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=380>>. Acesso em 02 jul. 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Processo Administrativo nº 50500.067154/2015-11.** Disponível em: <http://sei.antt.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?z3-naSmpl6_63qczD0vsEegOjw-LCorm020SWqclP62HKAZ52m_NOA3XovV2mCyVF59RvICdEV6BmAE9PzKZ4sAHiUrgWSuOwF1X4r3gcDvkgu7drjyuQAOWsFJYyLAg>. Acesso em 08 maio 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Registro nacional de transportadores rodoviários de cargas - RNTRC Série Histórica.** Disponível em: <http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/2019/04/29/rntrc_serie_historica.pdf>. Acesso em 30 abr. 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Resolução nº 4.799, de 27 de julho de 2015.** Regulamenta procedimentos para inscrição e manutenção no Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Cargas, RNTRC; e dá outras providências. Disponível em: <https://anttlegis.datalegis.inf.br/action/UrlPublicasAction.php?acao=abrirAtoPublico&sgl_tipo=RES&num_ato=00004799&seq_ato=000&vlr_ano=2015&sgl_orgao=DG/ANTT/MT&cod_modulo=161&cod_menu=5411>. Acesso em 19 abr. 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Tabela Transportadores – Frota de Veículos.** Disponível em: <http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/20270/Transportadores___Frota_de_Veiculos.html>. Acesso em 04 jul. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08012.001396/2004-17.** Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yN1O4pkNUUg4EBfekrk6U2uoo_1xGP3tueZyOSmuv2V5wCX-LxAyBiForGEuraPY-B_yw6Z54OVwQ28DCOmHp6E>. Acesso em 07 maio 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.005979/2017-83.** Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTudjMfs0pEBDHWi0ZEhntYG1ZGSBMDtjlbPknJWvJ_k>. Acesso em 08 maio 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.005979/2017-83.** Parecer nº 13/2018/CGAA4/SGA1/SG. Versão de Acesso Público. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOQaOpPvzXkyWxRSL_4LzX2bzlf4-UAQHzZDHtZYA2bNFeSoxblrlhYlwewynh1v_1fgjVrtVs-KKtndrnOFqpt>. Acesso em 13 maio 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.011294/2015-12.** Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcd_VsD4n835PoPzoMMxhQPpHpg11MOqQgO6lbfLvxc1m>. Acesso em 08 maio 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.011294/2015-12.** Voto. Versão de Acesso Público Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yO6O3IT42SsqJqx_AA4cv1csYEgVuMi-spa5kmSS7jFpx_R9mRC2ukET4XtTi-nMn-grNTUhdUzC_qCVlv7Ae_J>. Acesso em 10 maio 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Página do Planalto Central.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 maio 2019.

BRASIL. Decreto nº 4.130, de 13 de fevereiro de 2002. Aprova o Regulamento e o Quadro Demonstrativo dos Cargos Comissionados e dos Cargos Comissionados Técnicos da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, e dá outras providências. **Página do Plano Central.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4130.htm>. Acesso em 03 abr. 2019.

BRASIL. Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Nota Técnica nº 39/2017/DEE/CADE, 30 de outubro de 2017**. Referência: Processo nº 08700.000924/2017-87. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOga6sYPx-zVdZE9mniP_nGN9ZYEOAjLUQraO13nEdXPegV54qhH9WdPt2xe1DgYlwoJc5h7mBbQi oCCvAyDWHy>. Acesso em 30 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 6.813, de 10 de julho de 1980. Dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas, e dá outras providências. **Página do Planalto Central**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L6813.htm>. Acesso em 05 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Página do Planalto Central**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em 31 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. **Página do Planalto Central**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em 03 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Página do Planalto Central**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 30 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 11.442, de 05 de janeiro de 2007. Dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração e revoga a Lei nº 6.813, de 10 de julho de 1980. **Página do Planalto Central**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11442.htm>. Acesso em 05 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Página do Planalto Central**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 30 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 13.703, de 08 de agosto de 2018. Institui a Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas. **Página do Planalto Central**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13703.htm>. Acesso em 01 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. **Página do Planalto Central**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm#art53>. Acesso em 01 jul. 2019.

BRASIL. Medida provisória nº 832, de 27 de maio de 2018. Institui a Política de Preços Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 maio 2018. Seção 1, p. 1. Edição Extra. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2018/medidaprovisoria-832-27-maio-2018-786757-publicacaooriginal-155678-pe.html>>. Acesso em 31 mar. 2019.

BRASIL. Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. **Página do Planalto Central**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm>. Acesso em 04 jul. 2019.

BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. **Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/2001portariaconjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf/@@download/file/2001portariaConjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf>. Acesso em 05 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5956**. Número único 0072623-46.2018.1.00.0000. Requerente: Associação do Transporte Rodoviário de Carga do Brasil. Relatoria: Ministro Luiz Fux. Data de protocolo: 07/06/2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5481962>>. Acesso em 31 mar. 2019.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Lua Nova**, São Paulo, n. 45, p. 49-95, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451998000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 31 maio 2019.

BRUE, Stanley L. ; GRANDY, Randy R. Capítulo 20 A Economia do bem-estar. In: _____. **História do pensamento econômico**. São Paulo: Cengage Learning, 2016. p.425-454.

BUCHAIN, Luiz Carlos. Intervenção do estado na economia e direito da concorrência. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 38, p. 178-198, ago. 2018. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.EA67E161&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em 22 abr. 2019.

CAIXETA-FILHO, José Vicente. Sistema de Informações de Fretes Para Cargas Agrícolas: Concepção e Aplicações. **Revista Brasileira de Agroinformática**, v. 1, n.1, p. 41-52, 1998. Disponível em: <<https://esalqlog.esalq.usp.br/upload/kceditor/files/1998/09/ART6.6.57.pdf>>. Acesso em 30 maio 2019.

CANAL ANTT. **Audiência Pública nº 002/2019 - Brasília (DF). 2019.** (5h16m27s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=EEO2S6sXR54>>. Acesso em 28 maio 2019.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Regulação de serviços públicos e intervenção estatal na economia. In: FARIA, J. E. (Org.) **Regulação, Direito e Democracia**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002. p.13-25.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Regulação econômica e serviços públicos. In: SCHAPIRO, M. G. (Org.) **Direito econômico: direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21-77.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. Regime constitucional do controle de preços no mercado. **Revista de Direito Público**, Sine loco, n. 97, p. 17-28, 1991. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2297680/mod_resource/content/1/Revista%20de%20direito%20p%C3%ABlico%20%28jan.mar%20-%201991%29.pdf>. Acesso em 22 abr. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. Raymundo Faoro historiador. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 17, n. 48, p. 330-337, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000200024&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 jul. 2019.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Transporte Rodoviário de Carga (TRC) Características estruturais e a crise atual**. Brasília, 2016. Disponível em: <http://anut.org/wp-content/uploads/2017/11/estudo_transporte_rodoviario_carga.pdf>. Acesso em 09 abr. 2019.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE. **Anuário CNT do Transporte 2018**. Disponível em: <http://anuariodotransporte.cnt.org.br/2018/File/Rod/ROD_1_6_1_1.xlsx>. Acesso em 06 maio 2019.

CUNHA, Bruno Queiroz. Regulação e desenvolvimento econômico: uma análise crítica e interdisciplinar em Direito e Economia. **Revista Estudos Institucionais**, v. 4, n. 2, p. 615-641, 2018. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/306/270>>. Acesso em 14 maio 2019.

CUNHA, Sérgio Servulo da. **Dicionário Compacto do Direito**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DEPARTAMENTO DE PESQUISA ECONÔMICA ÁREA DE PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO. **O BNDES e a crise dos caminhoneiros**, jun. 2018. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/15200/1/O-BNDES-e-a-crise-dos-caminhoneiros.pdf>>. Acesso em 23 maio 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 3. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2008.

ESTADÃO CONTEÚDO. Petrobras desiste de subir diesel após pressão de Bolsonaro, diz fonte. **Exame**, online, 12 abr. 2019. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/economia/petrobras-volta-atras-e-adia-reajuste-do-diesel/>>. Acesso em 13 maio 2019.

FARACO, Alexandre Ditzel. Direito concorrencial e regulação. **Revista de Direito Público da Economia RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 9-41, 2003. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1741145/mod_resource/content/1/alexandre%20ditzel%20faraco%20-%20direito%20concorrencial%20e%20regula%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 07 maio 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Congelamento de preços - Tabelamentos oficiais. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 91, p.76-86, 1989. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/26>>. Acesso em 22 maio 2019.

FONSECA, Pedro Cezar Dutra. Keynes: o liberalismo econômico como mito. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 19, n. 3 (40), p. 425-447, dez. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ecos/v19n3/01>>. Acesso em 02 jul. 2019.

FORGIONI, Paula Andréa. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. Atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GANEM, Angela. O mercado como ordem social em Adam Smith, Walras e Hayek. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 21, n. 1 (44), p. 143-164, abr. 2012. Disponível em: <<http://www.eco.unicamp.br/docprod/downarq.php?id=3177&tp=a>>. Acesso em 02 jul. 2019.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Greve dos caminhoneiros: a cronologia dos 10 dias que pararam o Brasil. **BBC News**. [S.l.], 30 maio 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44302137>>. Acesso em 31 mar. 2019.

GUERRA, Sérgio. Função Normativa das Agências Reguladoras: uma nova categoria de Direito Administrativo?. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 7 n. 1, p. 131-152, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322011000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 23 maio 2019.

HAYEK, Friedrich Auguste. **O Caminho da servidão**. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1984.

HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust**. 4th ed. St. Paul, MN: Thomson/West, 2005. xxv, 416 p. (Black letter series). ISBN 0314150447.

IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. Tradução de Alfredo Copetti Neto e André Karam Trindade. In: **Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, v. 46, n. 145, p. 44-49, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

LOPES, Othon de Azevedo. Juridificação e Paradigmas de Estado. In: __. **Fundamentos da regulação**. 1. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018. cap. 2, p. 6-53. Acesso restrito mediante CPF e senha da Plataforma Aprender da Universidade de Brasília. Disponível em: <<https://aprender.ead.unb.br/mod/resource/view.php?id=316405>>. Acesso em 02 abr. 2019.

LUZ, Valdemar P. da; SOUZA, Sylvio Capanema de. **Dicionário enciclopédico de Direito**. Barueri: Manole, 2015.

MAGALHÃES, Marcos Thadeu Queiroz; ARAGÃO, Joaquim José Guilherme de; YAMASHITA, Yaeko. Definição de transporte: uma reflexão sobre a natureza do fenômeno e objeto da pesquisa e ensino em transportes. **TRANSPORTES**, v. 22, n. 3, p. 1-11, 2014.

Disponível em: <<https://www.revistatransportes.org.br/anpet/article/view/655>>. Acesso em 30 abr. 2019.

MARTÍNEZ-VARGAS, Ivan. Setor de transporte reage a fala de ministra sobre tabela do frete. **Folha de São Paulo**, online, 08 abr. 2019. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:vfY0uKx7p04J:https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/04/setor-de-transporte-reage-a-fala-de-ministra-sobre-tabela-do-frete.shtml+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 13 maio 2019.

MARTINS, Vanessa; SANTANA, Vitor. Ministra da Agricultura defende fim da tabela de frete: 'Um tiro no pé'. **G1 GO**, online, 08 abr. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2019/04/08/ministra-da-agricultura-defende-fim-da-tabela-de-frete-um-tiro-no-pe.ghtml>>. Acesso em 14 maio 2019.

MATIAS-PEREIRA, José. Defesa da concorrência e regulação econômica no Brasil. **Revista de Administração Mackenzie**, v. 5, n. 1, p. 35-55, 2004. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/889>>. Acesso em 14 maio 2019.

MAZZA, Alexandre. **Agências reguladoras**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Liberdade de iniciativa: Intromissão estatal indevida no domínio econômico. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, n.1, p. 173-184, 1999. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/download/8/753>>. Acesso em 22 maio 2019.

MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 227, p. 47-68, jan./mar 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46901/44546>>. Acesso em 13 abr. 2019.

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. Tabela do frete deveria cair porque prejudica caminhoneiros e setor produtivo, defende Tereza Cristina. **Notícias Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento**, online, 08 abr. 2019. Disponível em: <<http://www.agricultura.gov.br/noticias/tabela-do-frete-deveria-cair-porque-prejudica-caminhoneiros-e-setor-produtivo-defende-tereza-cristina>>. Acesso em 14 maio 2019.

MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES, PORTOS E AVIAÇÃO CIVIL. **Anuário Estatístico de Transportes 2010-2016**. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.transportes.gov.br/images/2017/Sum%C3%A1rio_Executivo_AET_-_2010_-_2016.pdf>. Acesso em 30 abr. 2019.

MISES, Ludwig von. A Natureza da Atividade Econômica. Tradução por Philippe A. Gebara Tavares. **Revista Interdisciplinar de Filosofia, Direito e Economia**, v. 1, n. 1, p. 45-56, 2013. Disponível em: <<https://misesjournal.org.br/misesjournal/article/view/189/113>>. Acesso em 18 abr. 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo Contemporâneo e a intervenção do Estado na ordem econômica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, 2005. Disponível em: <<https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/o-direito-administrativo-contemporaneo-e-a-intervencao-do-estado-na-ordem-economica.pdf>>. Acesso em 07 maio de 2019.

MOTA, Carolina Theodoro da Silva. Regulação e Desregulação: uma Discussão sobre o Equilíbrio entre Mercado e Coletividade. In: DI PIETRO, M. S. Z. (Org.) **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 161-178.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões**. 27. ed. São Paulo: Método, 2018.

NETO, Floriano Azevedo Marques. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNFELD, C. A. (Org.) **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 72-98.

NEVES, Antônio Francisco Frota; SANTANA, Hector Valverde. A intervenção direta e indireta na atividade econômica em face da ordem jurídica brasileira. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 2, p. 331-349, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4582/pdf>>. Acesso em 18 abr. 2019.

NOGAMI, Otto; PASSOS, Carlos Roberto Martins. **Princípios de economia**. 7.ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências Reguladoras e Concorrência. In: SUNFELD, C. A. (Org.) **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 159-189.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: Introdução ao Direito Econômico**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

NUSDEO, FÁBIO. Um Código de Direito Econômico. In: **Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. cap. 6, p.169-198.

OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. Performance dos Regulados e Eficácia do Regulador: Uma Avaliação das Políticas Regulatórias do Transporte Aéreo e dos Desafios para o Futuro. In: DA MOTTA, R. S.; SALGADO E SILVA, L. H. (Org.) **Regulação e Concorrência no Brasil: Governança, Incentivos e Eficiência**. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, IPEA, 2007. cap. 6, p. 133-164. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/arq11_cap06.pdf>. Acesso em 04 maio 2019.

PÉRA, Thiago Guilherme; ROCHA, Fernando Vinicius da; SILVA NETO, Samuel da; CAIXETA-FILHO, José Vicente. **Análise dos impactos da Medida Provisória nº 832 de 2018 (Política de Preços Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas) na Logística do Agronegócio Brasileiro**. Série: Logística do Agronegócio – Desafios e Oportunidades, v.3. Grupo de Pesquisa e Extensão em Logística Agroindustrial (ESALQ-LOG). Junho, 2018, Piracicaba, SP. Disponível em: <<https://esalqlog.esalq.usp.br/upload/kceditor/files/2017/Serie%20Log%20C3%ADstica%20do%20Agroneg%20B3cio/AN%20C3%81LISE%20DOS%20IMPACTOS%20DA%20MEDIDA%20PROVIS%20C3%93RIA%20n%20C2%BA%20832%20DE%202018%20-%20ESALQ-LOG.pdf>>. Acesso em 29 maio 2019.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016.
PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. **Revista Direito GV**, online, v. 12, n. 1, p. 13-48, 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v12n1/1808-2432-rdgv-12-1-0013.pdf>>. Acesso em 14 maio 2019.

PICCHIA, Lucia Del. O Poder Normativo das agências reguladoras: sentido da retomada do debate na doutrina jurídica. In: SCHAPIRO, M. G. (Org.) **Direito econômico: direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 331-361.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 31 ed. re. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PRADO, Antonio Carlos. O liberal que virou intervencionista. **Istoé**, online, 03 maio 2019. Disponível em: <<https://istoe.com.br/o-liberal-que-virou-intervencionista/>>. Acesso em 13 maio 2019.

QUEIROLO, Gustavo. Empresas têm 60% do transporte rodoviário. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 27 maio 2018. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:dde4SWLgVOEJ:https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/empresas-tem-60-do-transporte-rodoviario.shtml+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 31 mar. 2019.

QUEIROZ, Pedro Aurélio de. **Direito antitruste: os fundamentos da produção da concorrência**. São Paulo: Singular, 2018.

RACHED, Danielle Hanna. Desregulação e Telecomunicações. In: DI PIETRO, M. S. Z. (Org.) **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 123-141.

REZENDE, Gustavo Madi; ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Defesa do consumidor e disciplina antitruste. In: SCHAPIRO, M. G. (Org.) **Direito econômico concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 291-318.

RODA VIVA. **Roda Viva | Tarcísio Gomes | 29/04/2019**. 2019. (1h20m30s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=CHDTmdJtEPk>>. Acesso em 13 maio 2019.

ROMÃO E SILVA, Carolina Brasil. **A Reorganização das Políticas Públicas e a Qualidade Regulatória no Poder Executivo Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=979a659fe9f4cc5f>>. Acesso em 19 abr. 2019.

SADDY, André. Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do caput do art. 173 da Constituição brasileira. **Revista de Direito Administrativo RDA**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 107-138, mai. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/57596>>. Acesso em 22 abr. 2019.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (Princípios e fundamentos jurídicos)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SAMORA, Roberto. Cargill diz que tabela do frete afeta negócios e avalia frota própria. **Reuters**, online, 24 jul. 2018. Disponível em: <<https://br.reuters.com/article/topNews/idBRKBN1KE2AF-OBRTP>>. Acesso em 01 maio 2019.

SIDOU, José Maria Othon. **Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

SANT'ANA, Diogo de. Conjuntura da Regulação no Brasil: conflitos e convergências. In: SCHAPIRO, M. G. (Org.) **Direito Econômico: Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 365-392.

SANTOS, Gilmara. Navegação costeira ganha espaço como opção de transporte de carga. **Folha de São Paulo**, online, 18 ago. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/08/navegacao-costeira-ganha-espaco-como-opcao-de-transporte-de-carga.shtml>>. Acesso em 01 maio 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: ____(org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 17-38.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TEDESCO, Giovanna Megumi Ishida. **Transporte Rodoviário de Cargas: contribuição conceitual e metodológica à análise e classificação de mercados**. 2001. Tese (Doutorado em Transportes), Publicação T.D.004A/2012, Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 202p. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11604/1/2012_GiovannaMegumilshidaTedesco.pdf>. Acesso em 31 maio 2019.

TERRA. **“Uber dos caminhoneiros”: conheça o app que encontra cargas**, online, 19 out. 2015. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/estradas/uber-dos-caminhoneiros-conheca-o-app-que-encontra->

cargas,03b9150fe1c669e3fbdfd0802ec6357118a0w6no.html>, <<https://revistacaminhoneiro.grupott.com.br/4570-2/>>. Acesso em 30 abr. 2019.

VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VIEGAS, Cláudia; MACEDO, Bernado. Falhas de mercado: causas, efeitos e controles. In: SCHAPIRO, M. G. (Org.) **Direito econômico: direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 81-109.

VILLELA, Thaís Maria de Andrade; TEDESCO, Giovanna Megumi Ishida. Sistema de transporte rodoviário de cargas: uma proposta para sua estrutura e elementos. **TRANSPORTES**, v. 19, n. 2, p. 57-65, 2011. Disponível em: <<https://revistatransportes.org.br/anpet/article/viewFile/507/393>>. Acesso em 09 abr. 2019.

VIVO. **6 aplicativos de cargas conectam empresas a caminhoneiros**, online,. Disponível em: <<https://destinonegocio.com/br/gestao/6-aplicativos-de-cargas-conectam-empresas-a-caminhoneiros/>>. Acesso em 30 abr. 2019.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. 2 v.