

**Ministério da Justiça - MJ****Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE**

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4 Ed. Carlos Taurisano, 4º andar - Bairro Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70770-504

Telefone: (61) 3221-8405 - www.cade.gov.br

Ofício nº 2547/2018/CADE

Brasília, 17 de junho de 2018.

Ao Excelentíssimo Senhor

LUIZ FUX

Ministro do Supremo Tribunal Federal

Praça dos Três Poderes Anexo I, Bloco A, Sala 301

Assunto: **Manifestação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica sobre a ADI nº 5.956.***Referência:* Caso responda este Ofício, favor indicar expressamente o Processo nº 08700.003824/2018-93.

Senhor Ministro,

1. **O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE**, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, vem perante Vossa Excelência, atendendo ao chamamento judicial, expor o seguinte.
2. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Associação do Transporte Rodoviário de Cargas do Brasil – ATR BRASIL, em face da Medida Provisória nº 832, de 27 de maio de 2018, publicada na mesma data no Diário Oficial da União, que "*institui a Política de Preços Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas*".
3. Em resposta ao despacho de Vossa Excelência, o qual solicita urgência para manifestação deste Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE acerca da aludida norma, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, trazemos subsídios para melhor instrução processual.
4. Nesse sentido, a manifestação será composta por três partes essenciais: i) na primeira delas apresentamos breve exposição sobre o mercado de transportes; ii) na segunda são realizadas considerações sobre tabelamento de preços e sobre intervenção estatal na economia; e iii) ao final trazemos considerações sobre a relação entre a livre concorrência e a política pública.

I. Do contexto : mercado de transporte de cargas

5. A partir de análise efetuada em processos de fusões/aquisições (atos de concentração) e processos sancionadores administrativos (condutas anticompetitivas), o CADE pode construir sua visão de como entende estar estruturados os diferentes agentes deste setor sobre o prisma da concorrência, e não apenas sobre o contexto regulatório.

6. Segundo referido no site da Agência Nacional de Transportes Terrestres^[1], tem-se que:

a atividade econômica do Transporte Rodoviário de Cargas realizado em vias públicas, no território nacional, por conta de terceiros e mediante remuneração, exercido por pessoa física ou jurídica em regime de livre concorrência, conforme estabelecido na Lei nº 11.442/2007, depende de prévia inscrição no Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Cargas – RNTRC. Essa atividade foi regulamentada pela Resolução ANTT nº 3056/2009” [e posteriores] “e a inscrição e manutenção do RNTRC é de competência da Gerência de Registro e Acompanhamento do Transporte Rodoviário e Multimodal De Cargas – GERAR, integrante da Superintendência de Serviços de Transporte Rodoviário e Multimodal de Cargas – SUROC. O RNTRC contempla transportadores cadastrados em três categorias, a saber:

- i) as Empresas de Transporte Rodoviário de Cargas – ETC,
- ii) as Cooperativas de Transporte Rodoviário de Cargas – CTC, e
- iii) os Transportadores Autônomos de Cargas – TAC.

7. Frise-se que o art. 4º da Lei n. 11.442/2007 estabelece ainda como se dá a relação entre os referidos entes, a saber:

Art. 4º O contrato a ser celebrado entre a ETC e o TAC ou entre o dono ou embarcador da carga e o TAC definirá a forma de prestação de serviço desse último, como agregado ou independente.

§ 1º Denomina-se TAC-agregado aquele que coloca veículo de sua propriedade ou de sua posse, a ser dirigido por ele próprio ou por preposto seu, a serviço do contratante, com exclusividade, mediante remuneração certa.

§ 2º Denomina-se TAC-independente aquele que presta os serviços de transporte de carga de que trata esta Lei em caráter eventual e sem exclusividade, mediante frete ajustado a cada viagem.

§ 3º Sem prejuízo dos demais requisitos de controle estabelecidos em regulamento, é facultada ao TAC a cessão de seu veículo em regime de colaboração a outro profissional, assim denominado TAC - Auxiliar, não implicando tal cessão a caracterização de vínculo de emprego. (Incluído pela Lei nº 13.103, de 2015) (Vigência)

§ 4º O Transportador Autônomo de Cargas Auxiliar deverá contribuir para a previdência social de forma idêntica à dos Transportadores Autônomos. (Incluído pela Lei nº 13.103, de 2015) (Vigência)

§ 5º As relações decorrentes do contrato estabelecido entre o Transportador Autônomo de Cargas e seu Auxiliar ou entre o transportador autônomo e o embarcador não caracterizarão vínculo de emprego. (Incluído pela Lei nº 13.103, de 2015) (Vigência)

8. Ou seja, de acordo com a Lei n. 11.442/2007, o TAC pode ser concorrente da ETC ou pode eventualmente ser verticalmente integrado da ETC, atuando com ou sem exclusividade. Na hipótese de ser concorrente, ambos agentes estarão competindo pela preferência do “dono ou embarcador da carga”. Frise-se que, eventualmente, há ainda a interferência de um operador logístico, que faria a intermediação das relações:

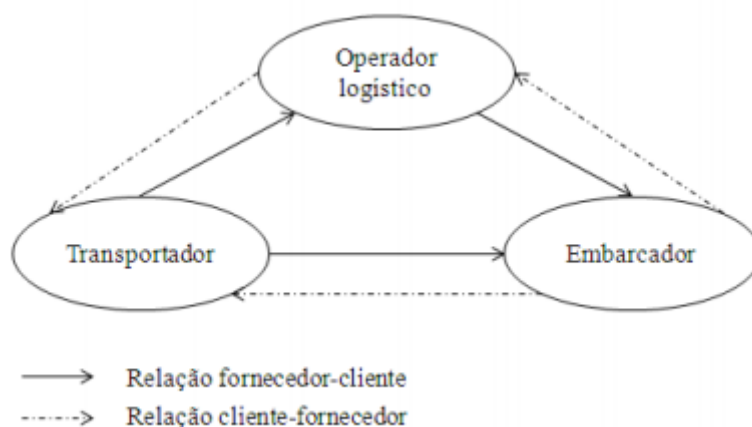


Figura 1 – Relações na cadeia de logística de transporte
 Fonte: VIEIRA & SUYAMA (2012, p. 5)

9. De acordo com a CNI, a frota dos trabalhadores autônomos (TACs) é mais antiga que a das empresas de transporte, conforme gráfico abaixo:

estabelecidos, por estarem impedidos de precificar abaixo da tabela. Fixou-se, assim, artificialmente uma das variáveis da formação do custo do serviço, com as potenciais consequências a seguir descritas.

15. Ademais, a própria MP 832/2010 estabelece que o processo de fixação dos preços mínimos contará com a participação dos representantes das cooperativas de transporte de cargas e dos sindicatos de empresas de transportes e de transportadores autônomos de cargas, ou seja, dos diversos concorrentes do setor, aumentando, assim, as preocupações de caráter concorrencial derivadas do debate dos custos setoriais comuns pelos concorrentes, pela criação de um ambiente de incentivo ao comportamento cooperativo (similar ao cenário de cartelização).

II. Da intervenção estatal na economia – considerações sobre tabelamento

16. Orientada “*pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico*” (artigo 1º, Lei nº 12.529/2011), a jurisprudência do CADE tem sido bastante assertiva sobre as consequências da intervenção estatal na economia, especialmente quando desta resulta a mitigação de condições “ótimas” que propiciam a maximização dos primados constitucionais da livre iniciativa.

17. Reage, em realidade, à lembrança de que na história recente do país diversos planos econômicos previam o tabelamento de preços e a intervenção direta dos mais variados tipos, mecanismos muito planejados e estáticos para dar conta de equilíbrios que são por definição fenômenos dinâmicos, cujo descompasso com a realidade pode causar sérios problemas de desabastecimento, em razão de sinalizações equivocadas.

18. Especificamente quanto ao tabelamento de preços discutido em abstrato, são reconhecidamente públicos os problemas concorrenciais (e econômicos deles decorrentes) causados, enunciados tanto em decisões de atos de concentração quanto em processos sancionadores de condutas anticompetitivas.

19. Registre-se que os argumentos a seguir apresentados referem-se a reflexões gerais, trazidas apenas como forma de demonstrar as preocupações levantadas nas análises efetuadas pelo órgão:

- 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 (repasse), 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)

20. As consequências do tabelamento, como acima demonstradas, resultam na proteção da margem de lucro dos ofertantes de determinado serviço, o que, no horizonte médio, pode ser prejudicial

inclusive a eles próprios.

21. Assim, o entendimento consolidado do CADE, estável em diversas composições de seu tribunal, é a de que o tabelamento de preço constitui uma infração à ordem econômica passível de condenação. Entre essas decisões estão, por exemplo, a condenação de tabela de preço de serviços médicos; de tabela de preço de frete de transporte de combustíveis; e em outros mercados, como de autoescolas e agências de viagens.

22. Questão importante de ser ressaltada é que, segundo o texto da MP 832/2018, embora seja a ANTT a Agência que regula o preço mínimo do frete, tem-se que o processo de fixação dos preços mínimos contará, de agora em diante, com a participação de diversos concorrentes do setor, ou seja, dos representantes das cooperativas de transporte de cargas e dos sindicatos de empresas de transportes e de transportadores autônomos de cargas, aumentando, assim, preocupações de caráter concorrencial derivadas de tais tabelas mínimas de preço. Concorrentes, sentando à mesa, para debater custos setoriais comuns, representa uma afronta ao Princípio da Livre Concorrência, expresso na Constituição Federal do Brasil.

23. Decisão recente do CADE corrobora essa preocupação. Na Consulta nº 08700.001540/2018-62, apresentada pelo Sindicato dos Transportadores Autônomos de Contêineres em geral de Itajaí e Região – SINTRACON e pelo Sindicato das Empresas de Veículos de Transporte de Carga e Logística de Itajaí e Região – SEVEICULOS para sanar dúvidas a respeito do estabelecimento de tabela de preço mínimo de fretes, idealizada e acordada entre as partes consultantes após paralisações no setor de transporte rodoviários de cargas, o voto da Conselheira Paula Azevedo analisou brevemente o Projeto de Lei da Câmara 121/2017 (PLC 121/17), que se encontrava no Senado sob o número 528/2015[6], com dicção muito semelhante à MP 832/2018. No referido precedente, o CADE concluiu que tal tabela de preços mínimo, referida no Projeto de Lei 528/2015, era “*danosa ao ambiente concorrencial ao reduzir a competitividade entre concorrentes, por afetar o mecanismo de equilíbrio de preços e limitar a possibilidade de barganha, medo a prejudicar os consumidores finais*”.

24. Ou seja, o CADE já analisou este tipo de situação e afirmou de maneira muito categórica de que há grande possibilidade deste tipo de tabela gerar prejuízos à sociedade brasileira. Não bastasse isso, este tipo de movimento e de setor, especificamente, possui largo histórico de práticas anticompetitivas, com incentivos a prática de cartelização, o que a criação de uma tabela de preços mínimos somente faz reforçar.

25. Em uma análise ainda superficial sobre o conteúdo da norma atacada, o CADE entende que há um risco real da tabela gerar um risco para os próprios caminhoneiros, seja porque se aumenta o risco de o cliente decidir internalizar o serviço de frete, a depender dos custos mínimos impostos via tabela, seja porque se cria a possibilidade de, em um cenário com excesso de oferta, parte dos caminhoneiros decidir, por sua própria vontade, não seguir a tabela, criando distorções de competitividade dentro da própria classe de transportadores, em que os cumpridores da norma irão perder competitividade.

26. Além disso, com preços mais caros, com o frete não obedecendo a lei de oferta e demanda, é esperada uma diminuição da demanda por produtos finais, o que, por consequência, diminuirá o número de fretes e diminuirá as oportunidades de emprego disponíveis. Tal fenômeno é conhecido, em microeconomia, como geração de peso-morto social, ou seja, trata-se da situação na qual há um desequilíbrio em que a demanda consome menos e a oferta contratualiza menos do que seria socialmente desejável e do que ocorreria, normalmente, caso não houvesse intervenção estatal na economia.

27. Corroborando com as preocupações externadas acima, destaque-se que estudos mostram que a regulação aumentou significativamente os custos e os fretes nos EUA entre 1940 e 1980, quando havia uma regulamentação específica para fretes rodoviários, a Reed-Bullwinkle Act, que criou imunidade antitruste no setor. Na definição da Federal Trade Commission – FTC, as tentativas de regulação dos fretes geraram várias ineficiências, inclusive quanto ao número de empregos no setor[7].

28. Deste modo, existem muitas evidências de que o que está sendo proposto como tabelamento do preço do frete é claramente contrário ao interesse dos consumidores e dos próprios caminhoneiros, pois irá aumentar os preços dos bens finais no curto prazo e gerar graves distorções na dinâmica concorrencial do transporte rodoviário de cargas no médio e longo prazo. Mais ainda, **o tabelamento de preços mínimos acaba gerando, ao final, o resultado semelhante ao de uma cartelização**, ou seja, a uniformização dos preços de agentes que deveriam concorrer no mercado por meio da oferta de melhores serviços.

III. Livre concorrência x política pública – a isenção antitruste

29. A despeito de todos estes efeitos deletérios conhecidos, a jurisprudência do CADE reconhece que há situações específicas e excepcionais em que a necessidade de uma política pública estatal pode suplantar (e portanto mitigar) a análise concorrencial, e assim confere o que pode ser nominado como “isenção antitruste” aos agentes de mercados regulados, conforme descrito a seguir.

30. Como mencionado acima, apesar de manter posição pública crítica com relação aos efeitos concorrenciais e econômicos de determinadas formas de regulação estatal (dentre elas, o tabelamento), o CADE reconhece que em determinadas situações específicas o interesse público se manifesta pela maximização de outros primados constitucionais que impõem uma atuação mais presente/impositiva do Estado, por meio de regulação expressa com decorrente mitigação do ambiente concorrencial “ótimo”.

31. Em tais situações, ainda que sejam mantidas as razões das preocupações nos apontamentos supra-elencados, o CADE entende que os agentes de mercado não podem ser sancionados pela autoridade antitruste, sob pena de uma incoerência lógica na relação Estado-administrado (determinação de uma conduta e, em seguida, apenamento em razão do cumprimento da determinação).

32. Nestes casos, o Conselho tem aplicado o que é comumente chamada de “isenção antitruste”, reconhecendo como foco do problema concorrencial a própria arquitetura regulatória do mercado construída pelo Estado – entretanto, reconhece que estes fatores exógenos à questão concorrencial (que originaram a política pública regulatória) fundamentam e justificam a opção estatal.

33. No entanto, importa mencionar que a jurisprudência do CADE tem entendido que **casos de isenção antitruste dependem do preenchimento/demonstração de determinados requisitos**, definidos a partir de parâmetros estabelecidos e seguidos pelas melhores agências antitrustes do mundo, segundo estudos da OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico resultantes da rodada de discussões (Roundtable) sobre o tema em 2011:

AUTONOMIA (OU NÃO) DA EMPRESA NA CONDUTA -segundo este parâmetro, a conduta teria isenção da análise concorrencial quando o comportamento fosse imposto pela regulação, não havendo possibilidade de conduta diversa pelo agente de mercado/administrado;

EFETIVA SUPERVISÃO DO ENTE SETORIAL – segundo este parâmetro, é importante que haja possibilidade de fiscalização e punição pelo ente setorial/autoridade regulatória daqueles que descumprirem os limites concorrenciais da conduta;

CLARA POLÍTICA SETORIAL DE IMUNIDADE ANTITRUSTE – segundo este parâmetro, é desejável que a isenção da análise concorrencial esteja explícita como justificativa da política pública setorial (transparência), sendo mitigada em favor de outros princípios/bem jurídicos.

34. Seguidos tais parâmetros, situações de intervenção estatal no setor privado partiriam do balizamento de valores, estipulação de prioridades e fixação de objetivos de cunho constitucional (definidos em políticas públicas pelo Poder Executivo e Legislativo) que mitigariam na prática o primado da livre concorrência. Por tal razão, não haveria motivo legítimo para sancionar os agentes de mercado que apenas operam dentro da regulação imposta sob pena de, além de dar um sinal controverso aos administrados, adentrar ao mérito da própria política pública para desincentivá-la.

35. Portanto, as recomendações da OCDE e a jurisprudência do CADE são claras ao exigir que uma “isenção antitruste”, que deverá ter sempre o caráter excepcional, seja objeto de justificativa que evidencie sua importância para uma política pública específica, que opte por privilegiar outros valores em detrimento da livre-concorrência. Ademais, recomenda-se que a aplicação das teorias de “imunidade antitruste” levem em conta: (a) a análise do histórico legislativo, (b) a criação de aparato fiscalizador pela norma reguladora e (c) o uso desse aparato pelo agente regulador.

36. Ante o exposto, uma vez seguidos os pressupostos acima, a princípio não caberia à autoridade antitruste adentrar no mérito da política pública setorial adotada visando substituí-la. Contudo, mesmo nesse caso é importante que a autoridade não se furte apresentar **as preocupações concorrenciais derivadas de tal política e de seus graves efeitos deletérios ao consumidor**, tendo em vista o seu papel de *advocacy* em temas relacionados à defesa da concorrência. No presente caso, **a posição desta entidade é que o tabelamento, com o estabelecimento de preços mínimos, não apresenta benefícios ao**

adequado funcionamento do mercado e ao consumidor final, que arcará com os aumentos de preço decorrentes de tal medida.

Brasília/DF, 17 de junho de 2018.

Atenciosamente,

ALEXANDRE BARRETO DE SOUZA
Presidente
(assinado eletronicamente)

ALEXANDRE CORDEIRO MACEDO
Superintendente-Geral
(assinado eletronicamente)

WALTER DE AGRA JUNIOR
Procurador-Chefe
(assinado eletronicamente)

[1] De acordo com o site http://www.antt.gov.br/html/objects/downloadblob.php?cod_blob=16146, verificado em 18 de agosto de 2016.

[2] CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI - TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGA (TRC) CARACTERÍSTICAS ESTRUTURAIS E A CRISE ATUAL. De acordo com http://anut.org/wp-content/uploads/2017/11/estudo_transporte_rodoviario_carga.pdf, verificado em 5 de junho de 2018.

[3] No modal aéreo já houve investigação do CADE. Vide Processo Administrativo 08012.011027/2006-02

[4] CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI - TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGA (TRC) CARACTERÍSTICAS ESTRUTURAIS E A CRISE ATUAL. De acordo com http://anut.org/wp-content/uploads/2017/11/estudo_transporte_rodoviario_carga.pdf, verificado em 5 de junho de 2018.

[5] Esta divisão, com a inclusão do termo neogranel, consta, também, do texto da Medida Provisória 832/2018, no seu art.3º., conforme se verifica abaixo: I - carga geral - a carga embarcada e transportada com acondicionamento, com marca de identificação e com contagem de unidades; II - carga a granel - a carga líquida ou seca embarcada e transportada sem acondicionamento, sem marca de identificação e sem contagem de unidades; III - carga frigorificada - a carga que necessita ser refrigerada ou congelada para conservar as qualidades essenciais do produto transportado; IV - carga perigosa - a carga passível de provocar acidentes, ocasionar ou potencializar riscos, danificar cargas ou meios de transporte e gerar perigo às pessoas que a manipulem; e V - carga neogranel - a carga formada por conglomerados homogêneos de mercadorias, de carga geral, sem acondicionamento específico e cujo volume ou quantidade possibilite o transporte em lotes, em um único embarque.

[6] Em seu voto a conselheira afirma: *Considerando a similaridade dos temas, aproveito o ensejo da Consulta para tratar brevemente do Projeto de Lei da Câmara 121/2017 (PLC 121/17), que se encontra em tramitação no Senado, aprovado na Câmara dos Deputados como o Projeto de Lei 528/2015, que objetiva criar a Política de Preços Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas. O Projeto dispõe, em seu artigo 5º, que “será editada pelo órgão competente, nos meses de janeiro e julho, tabela com os valores mínimos referentes ao quilometro rodado na realização de fretes, por eixo carregado,*

consideradas as especificidades das cargas definidas no art. 2º desta Lei”. Até que tal norma seja editada, o referido Projeto já define valores mínimos para (i) carga geral, carga a granel e carga neogranel em setenta centavos de real por quilômetro rodado para cada eixo carregado; para (ii) carga frigorificada e carga perigosa em noventa centavos de real por quilômetro rodado para cada eixo carregado, nos termos do artigo 8º, incisos I e II. Ainda, o parágrafo único do artigo 8º define que, em fretes curtos (realizados em distâncias inferiores a oitocentos quilômetros), os valores dos incisos mencionados ficam acrescidos de, no mínimo, 15%. Os valores estipulados pelo PLC, diferentemente do que ocorre com os valores estabelecidos pela Resolução 4.810/2015 da ANTT, não dizem respeito ao cálculo de custo e não são meramente referenciais, mas, sim, vinculativos, de modo que a não observância dos parâmetros estabelecidos ensejará a aplicação de penalidades, conforme disposto no §2º do artigo 5º. A extinta Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) emitiu parecer¹⁵ quanto ao Projeto de Lei 528/2015, no qual externou as mesmas preocupações apontadas pelo CADE nos julgamentos sobre a questão. À época, a Secretaria observou que a definição de tabela de preços referenciais afastaria o mecanismo de equilíbrio de preços pela interação entre ofertantes e demandantes em um ambiente de livre mercado, de modo que: “o escopo de competição entre os ofertantes seria reduzido, afetando-se o processo de barganha e a potencial concessão de descontos, que adviria da gestão do agente econômico sobre os custos de sua atividade, por meio de ações como barganha junto a fornecedores, política de compras, seleção de fornecedores e produtos substitutos”. Observou também que a demanda do serviço de transporte rodoviário de cargas é caracterizada pela ausência de substitutos diretos, razão pela qual haveria “certa rigidez na estrutura de custos das diversas atividades produtivas no que se refere à substituição do insumo transporte rodoviários, de forma que eventuais reduções na demanda seriam correlacionadas com reduções no nível dessas atividades produtivas. Assim, a elevação do frete mínimo seria absorvida pelos consumidores”. Assim, seu parecer foi contrário à aprovação do Projeto de Lei 528/2015, concluindo que o Projeto tem “o condão de restringir significativamente as condições de competição no setor de transporte rodoviários de cargas, pois, de um modo geral, a fixação de preços mínimos de frete corresponderia a uma ineficiência da alocação de recursos econômicos no mercado de transporte rodoviários de cargas”.

[7] De acordo com Nancy L. Rose, Labor Rent Sharing and Regulation: Evidence from the Trucking Industry, 95 Journal of Political Economy 1146-78 (1987), verificou-se a taxa de emprego aumentou muito após a desregulamentação do setor. Em 1980, nos Estados Unidos, havia 1,368 milhões de caminhoneiros. Após a desregulação, em 1987, tal número era 1,767 milhões de caminhoneiros (um aumento de 29,2%).