

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UNIRIO

Centro de Ciências Jurídicas e Políticas – CCJP

Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD

Mestrado em Direito

A POLÍTICA DE TABELAMENTO DE FRETE DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGA: O estudo de caso da paralisação dos caminhoneiros em maio de 2018 e seus reflexos sobre a ordem econômica

ARMSTRON DA SILVA CEDRIM AZEVEDO

Rio de Janeiro

2020

ARMSTRON DA SILVA CEDRIM AZEVEDO

A POLÍTICA DE TABELAMENTO DE FRETE DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGA: O estudo de caso da paralisação dos caminhoneiros em maio de 2018 e seus reflexos sobre a ordem econômica

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, como requisito à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André Fontes

Área de Concentração: Estado, Sociedade e Políticas Públicas

Rio de Janeiro

2020

Dedico à minha mãe que, em planos superiores, nunca deixou de olhar por mim.

AGRADECIMENTOS

Pela realização deste trabalho, agradeço a Deus pelos grandes ensinamentos e por essa conquista, permitindo-me o Dom da perseverança;

Agradeço a estreiteza, amor, dedicação e carinho da minha família, principalmente, pela paciência e respeito pelos momentos de ausências para os estudos;

Ao Pedro, pelo companheirismo e firmeza em todos picos de estresse pelos quais eu passei na acumulação de inúmeras funções;

Aos amigos (Halisson, Sarah, Carol, Mário, Paulo e Eduardo), que - no decorrer desta jornada - sempre me apoiaram e me deram motivo para continuar;

Aos colegas e amigos do trabalho, que sempre me instigaram na permanente busca do conhecimento

Aos Professores e demais colaboradores da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, que desempenharam com dedicação as aulas ministradas e as orientações necessárias;

Agradeço, em especial, ao Prof. Dr. André Fontes, orientador, pela atenção e sabedoria que esteve presente no decorrer deste período.

A todos meu, muito obrigado!!!

RESUMO

Esta dissertação, mediante pesquisa bibliográfica e de finalidade descritiva, tem por objetivo estudar a Política Nacional de Preços Mínimos de Frete dos Transportadores Rodoviários de Carga (PNPM-TRC), analisando se havia condição política, econômica e jurídica para que o Estado, por lei (Lei nº. 13.703/18), retirasse do mercado a sua prerrogativa constitucional livre fixação de preço, em atenção ao que dispõe os princípios constitucionais da ordem econômica, o da livre iniciativa e concorrência. Neste ponto, tendo em vista a análise política demonstra que estabelecimento de preços mínimos no TRC desde o início apresentou-se falho, porque elevou o preço de frete e proporcionou a busca de outras alternativas pelas empresas, impactando na demanda do mercado, além de aumentar os preços para o consumidor final, não se coadunou com critérios de eficiência e racionalidade econômicas. Além disso, por não ter cumpridos os requisitos constitucionais da ordem econômica, nem atendidos aos requisitos da proporcionalidade, a política, da forma como formada, é inconstitucional e capaz de gerar prejuízo à sociedade. Conclui-se, portanto, que pelo fundamento constitucional do livre exercício da liberdade de iniciativa, da concorrência, somados à prescrição do art. 174, o Estado só poderia ter adotado a política de precificação de mínimos de frete se atendidos os requisitos constitucionais da razoabilidade, excepcionalidade da medida, no sentido de ser uma situação de anormalidade limitada no tempo e que não impusesse preço inferior ao de custo.

Palavras-chave: Política Pública. Precificação de frete. Análise econômica. Proporcionalidade. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This dissertation, through bibliographic research and descriptive purpose, aims to study the National Policy of Minimum Freight Prices of Road Cargo Transporters (PNPM-TRC), analyzing if there was a political, economic and legal condition for the State, by law (Law No. 13,703 / 18), to withdraw from the market its constitutional prerogative free price fixing, in accordance with the constitutional principles of the economic order, that of free initiative and competition. At this point, in view of the political analysis it demonstrates that the establishment of minimum prices in the TRC from the beginning failed, because it raised the freight price and provided the search for other alternatives by the companies, impacting the market demand, besides increasing prices for the final consumer did not comply with criteria of efficiency and economics rationality. In addition, because the constitutional requirements of the economic order have not been met, nor have the proportionality requirements been met, the policy, as formed, is unconstitutional and capable of generating damage to society. It is concluded, therefore, that due to the constitutional foundation of the free exercise of freedom of initiative, competition, added to the prescription of art. 174, the State could only have adopted the minimum freight pricing policy if the constitutional requirements of reasonableness, exceptionality of the measure were met, in the sense of being a situation of abnormality limited in time and that did not impose a price lower than that of cost.

Keywords: Public Policy. Freight pricing. Economic analysis. Proportionality. Unconstitutionality.

LISTA DE TABELAS

TABELA 1- Preço do Diesel nos pontos do Brasil (2013/2018)	24
TABELA 2 – Frota Circulante de Caminhões -Brasil (Sindipeças).....	26
TABELA 3: PIB em Volume (Índice – Média de 2003 a 2017	26
TABELA 4: ANTT - Etapas de implementação da regulação da política nacional de pisos mínimos do transporte rodoviários de carga	35
TABELA 5: Comparação – Valores dos Fretes (Brasil)	39
TABELA 6: ANTT – Frete Rodoviário	39
TABELA 7 - Idade média dos veículos por Fornaciari (2019)	65
TABELA 8 – Custo do Transporte Rodoviário	65
TABELA 9 – Levantamento dos fretes utilizados pelas empresas	68

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Evolução de transporte de cargas do Brasil, de 2016 para 2018	64
Figura 2 – Crescimento Setor de Transporte	66
Figura 3 - aumento médio do Repasse mediante frete	69
Figura 4 - Fatores que dificultam a contratação de caminhoneiros autônomos...	69
Figura 5 – Disposição de controle caminhoneiros (MEI)	70

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO I – A POLÍTICA PÚBLICA, CONCEITO E SEU CICLO: COMPREENDENDO A POLÍTICA NACIONAL DE PISO MÍNIMO (PNPM).	10
1.1 Elementos Fundamentais de Política Pública	15
1.2 Tipologia de LOWI: O enquadramento do tabelamento de frete	20
1.3 Ciclo das Políticas Públicas	22
1.3.1 Identificação do Problema	23
1.3.2 Formação da Agenda	25
1.3.3 Formulação de Alternativa	27
1.3.4 Tomada de Decisão	28
1.3.5 Implementação	33
1.3.6 Avaliação	37
1.3.7 Extinção	40
CAPÍTULO II - A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)	42
2.1 A AED: Conceitos Econômicos	45
2.2 Racionalidade e Imperfeições do Mercado	51
2.3 AED e Eficiência Econômica	54
2.4 Incentivos	58
2.5 Externalidades	60
2.6 AED: Aplicação à PNPM	61
CAPÍTULO III – A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	71
3.1 A Ordem Econômica e a Impossibilidade Precificação quando o Mercado estiver Funcionando em Condições Regulares	77
3.2 Regulação Econômica e Princípio da Razoabilidade	84
3.3 A Reorganização da Livre Iniciativa e Ensino de Roberto Barroso	88
3.4. A tabela de piso mínimo e ordem constitucional econômica	89
3.5 As ADIS no STF e as Posições Antagônicas dos Órgãos Governamentais.	91
CONCLUSÃO	99
REFERÊNCIAS	103

1 INTRODUÇÃO

Esta dissertação tem por tema a questão da política de tabelamento de frete do transporte rodoviário, baseando-se no estudo de caso da paralisação dos caminhoneiros e seus reflexos sobre a ordem econômica.

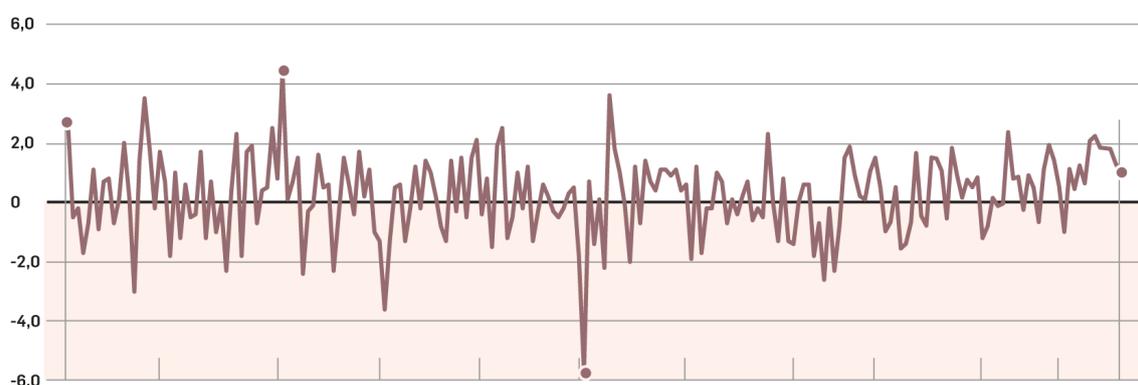
A alta de 56% no diesel¹ em 10 meses levou milhares de caminhoneiros a protestos, bloqueando parcialmente rodovias pelo país, em 21 de maio de 2018².

Ante os prejuízos à ordem social e econômica, a Associação Brasileira dos Caminhoneiros (Abcam), após quase 10 dias de greve e uma grande crise de abastecimento no país, assinou acordo com o Governo para pôr fim às paralisações dos caminhoneiros autônomos, comprometendo-se o governo a regular o setor. (BBC, 2018, s/n).

Do acordo, o Presidente da República, à época Michel Temer, editou a Medida Provisória nº 832/2018, de 27 de maio de 2018, que instituiu a Política de Preços Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas, ao passo que a Resolução/ANTT nº 5820/2018, atendendo ao disposto no art. 5º da MP 832/2018 (convolada na Lei 13.703/18), estabeleceu a metodologia e contemplou a tabela com preços mínimos vinculantes, referentes ao quilômetro rodado na realização de fretes, por eixo carregado, instituído pela Política Nacional de Preços Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas (PNPM – TRC).

Em pouco mais de uma semana, em 07.07.2018, a Resolução DG/ANTT/MTPA 5821/2018 de 07/06/2018 alterou a Resolução ANTT nº 5.820, de 30

¹ Variação do preço do óleo diesel em porcentagem segundo gráfico realizado pela Petrobrás.



² Os dez dias que abalaram o Brasil. Revista O Carretero, nº 519. Versão eletrônica em <https://www.ocarretero.com.br/edicoes/2018/519/>

de maio de 2018, havendo outras mudanças dos valores das tabelas de fretes, mantendo-se o teor da regulação acordada³.

Em 09/11/2018, a Resolução DG/ANTT/MTPA 5833/2018 acrescenta o artigo 3º-B à Resolução ANTT nº 5.820, de 30 de maio de 2018, em razão ao disposto no §6º do art. 5º da Lei nº 13.703, de 08 de agosto de 2018, impondo multas aos que infringissem os valores mínimos tabelados por meio da legislação.

Neste sentido, esta dissertação tem o objetivo geral de analisar a PNPM, averiguando se havia condição jurídica para o Estado, por lei, extrair do mercado a sua prerrogativa constitucional livre fixação de preço, em atenção ao que dispõem os princípios da ordem econômica da livre iniciativa e concorrência.

No capítulo 1, serão analisados conceito e ciclo da política pública, sob a visão da ciência política, em virtude do contexto de crise em que a PNPM foi implementada. Em continuidade, analisar-se-ão dados de órgãos (Petrobrás, ANP, IBGE) e organizações (CNI), demonstrando que a escolha da alternativa política de intervenção no mercado de forma indireta, com estabelecimento de preços mínimos no TRC, desde o seu princípio, apresentou-se falha, repercutido no encarecimento do preço de frete, busca de outras alternativas e impactos na demanda do mercado.

No capítulo 2, explorará a Análise Econômica do Direito (AED), seus conceitos e institutos e a aplicação à PNPM, realizando análise do mercado e suas falhas para, ao final, fazer o cotejo de dados e buscar trazer soluções menos drásticas aos agentes econômicos impactados pela medida.

No capítulo 3, examinará a juridicidade da política pública, em cotejo com a ordem econômica constitucional, utilizando-se dos ensinamentos do Ministro do Supremo Tribunal Federal Roberto Barroso para concluir que não existe empecilho constitucional para estabelecimento de preços mínimos quando houver grande falha no mercado, todavia, enquanto medida excepcional, só pode ocorrer quando estiver de acordo com o princípio da proporcionalidade, for limitada no tempo e não impuser preços aos agentes econômicos inferiores aos custos.

³ Dados encontrados no site da ANTT em: https://anttlegis.datalegis.inf.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirHistoricoAto&tipo=RES&numeroAto=00005820&seqAto=000&valorAno=2018&orgao=DG/ANTT/MTPA&nomeTitulo=codigos&cod_menu=5412&cod_modulo=161

CAPÍTULO I – A POLÍTICA PÚBLICA, CONCEITO E SEU CICLO: COMPREENDENDO A POLÍTICA NACIONAL DE PISO MÍNIMO (PNPM)

Os problemas públicos, como se sabe, acontecem e se renovam diariamente e nas mais diversas áreas, sejam elas educação, saúde, transporte etc. Deste modo, para exercício da governança pública⁴, com fito de enfrentamento de problemas públicos, deve-se ter em mente estratégia de construção de soluções que, normalmente, interseccionam inúmeras áreas do saber científico.

A política pública surgiu como matéria estudada dentro da disciplina de Ciência Política, com vistas a ajudar, enfrentar e solucionar problemas públicos. (SECCHI, p. 2, 2016).

O estudo temático das políticas públicas tem fundamentos disciplinares nas ciências políticas, sociais, econômicas. Além disso, outras matérias enriquecem os estudos de políticas públicas, a exemplo da administração pública, engenharia, psicologia e o direito. (Ibidem, p.2).

Para tanto, o referencial teórico do Capítulo I será a revisão bibliográfica de autores de ciências políticas, jurídicas econômicas, filosóficas e sociais que se debruçam sobre estudos de políticas públicas, a exemplo de Howlett, Ramesh e Anthony, Celina Sousa e Leonardo Secchi etc.

Analisar-se-ão os conceitos, elementos, o ciclo e a tipologia da política pública, realizando o enquadramento da Política Nacional de Piso Mínimo (PNPM) dos Transportadores Rodoviários de Cargas (TRC) - após greve dos caminhoneiros em maio de 2018 - a fim de verificar se fora, enquanto decisão governamental⁵, capaz de solucionar ou, ao menos, amenizar o problema público, passado um ano de sua implementação.

A Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas (PNPM-TRC) foi implementada pelo Governo Federal atendendo à manifestação dos caminhoneiros, em maio de 2018, com a edição da Medida Provisória nº 832, de 27 de maio de 2018, com finalidade de *“promover condições razoáveis à realização de fretes no território nacional, de forma a proporcionar a adequada retribuição ao serviço*

⁴ Utiliza-se o conceito de governança pública previsto no Decreto nº 9.203/2017.

⁵ A Lei 13.711/2018, decorrente da MP 833/2018, que institui a Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas (PNPM-TRC) implementou a política a partir de maio de 2018.

prestado”, convertida, em 08 de agosto de 2018, na Lei nº 13.703/2018, que institui a PNPM-TRC. (BRASIL/13.703/18)

Trata-se de norma regulatória de pisos mínimos relativos por quilômetro rodado na execução de fretes, por eixo carregado, consideradas as distâncias e as especificidades das cargas definidas da seguinte forma: a) Carga geral: a carga embarcada e transportada com acondicionamento, com marca de identificação e com contagem de unidades; b) Carga a granel: a carga líquida ou seca embarcada e transportada sem acondicionamento, sem marca de identificação e sem contagem de unidades; c) Carga frigorificada: a carga que necessita ser refrigerada ou congelada para conservar as qualidades essenciais do produto transportado; d) Carga perigosa: a carga ou produto que seja perigoso ou represente risco para a saúde de pessoas, para a segurança pública ou para o meio ambiente; e e) Carga neogranel: a carga formada por conglomerados homogêneos de mercadorias, de carga geral, sem acondicionamento específico cujo volume ou quantidade possibilite o transporte em lotes, em um único embarque. (BRASIL/13.703/18)

O transporte rodoviário de cargas (TRC) passou a ter seu frete remunerado em patamar igual ou superior aos pisos mínimos de frete fixados pela ANTT em âmbito nacional, e a refletir os custos operacionais totais do transporte com priorização dos custos referentes ao óleo diesel e aos pedágios, conforme art. 4º da Lei 13.703/2018.

No cálculo dos pisos do frete do TRC, para a execução da PNPM-TRC, a lei que institui a PNPM prevê que a ANTT deve considerar o quilômetro rodado na realização de fretes, por eixo carregado, consideradas as distâncias e as especificidades das cargas, bem como planilha de cálculos utilizada para a obtenção dos respectivos pisos mínimos cujas publicações ocorrerão até os dias 20 de janeiro e 20 de julho de cada ano, e os valores serão válidos para o semestre em que a norma for editada, permanecendo válida a norma anterior, com atualização pela mora, em caso de desrespeito a esses prazos.

A PNPM estabelece que oscilação no preço do óleo diesel no mercado nacional superior a dez por cento, em relação ao preço considerado na planilha de cálculos da ANTT, para mais ou para menos, é causa para publicação de nova norma com pisos mínimos, considerando essa variação no preço do combustível. E não poderia ser diferente, já que o problema público se originou, justamente, pela alta do combustível.

A norma tem caráter indenizatório⁶, sancionatório⁷ e compulsório, portanto, a sua não observância, sujeita o infrator a indenizar o transportador em valor equivalente a 2 vezes a diferença entre o valor pago e o que seria devido, cabendo à ANTT adotar as medidas administrativas, coercitivas e punitivas necessárias ao fiel cumprimento do piso. Todavia, o governo decidiu anistiar as indenizações decorrentes de infrações ocorridas entre 30 de maio de 2018 e 19 de julho de 2018. Neste contexto, determina que os responsáveis por anúncios de ofertas de frete em valores inferiores aos pisos mínimos respondam subsidiariamente pelo pagamento desta indenização. (BRASIL, 2018)

Para fins de facilitação de fiscalização e execução da PNPM, ficou estabelecido que toda operação de transporte rodoviário de cargas deverá ser acompanhada de um rol de documentos cujo porte é obrigatório pelo motorista do veículo durante o transporte, referente ao contrato de frete, inclusive com a forma de pagamento do frete, o valor expresso do frete pago e do piso mínimo de frete aplicável.

Nas fases de execução e avaliação da PNPM-TRC, tem previsão legal a publicidade do processo e participação democrática (participação igualitária de transportadores autônomos e demais setores) de atores políticos (representantes dos embarcadores, dos contratantes dos fretes, das cooperativas de transporte de cargas, dos sindicatos de empresas de transportes e de transportadores autônomos de cargas), no que tange ao processo de fixação de preços mínimos. Embora determine que o critério deve ser técnico, sempre há um perigo de captura, quando se trata de regulação.

Em cumprimento à Lei nº 13.703/2018, foi publicada a Resolução ANTT nº 5.820/2018, que estabeleceu metodologia a ser aplicada no cálculo e publicou a tabela com os pisos mínimos de fretes referentes ao quilômetro rodado na realização de frete, por eixo carregado, para diferentes tipos de carga (geral, a granel, frigorificada, perigosa e neogranel), submetida a alterações⁸ pela Resolução ANTT nº 5.827/2018, Resolução ANTT nº 5.828/2018, Resolução ANTT nº 5.833/2018, Resolução ANTT nº 5.835/2018 e Resolução ANTT nº 5.839/2019. (BRASIL, 2018)

⁶ Expressão utilizada pelo legislador no art. 5º, § 4º da PNPM.

⁷ A Resolução ANTT nº 5.833/2018 trouxe as medidas punitivas para os casos de descumprimento dos pisos mínimos, inserindo-as na Resolução ANTT nº 5.820/2018

⁸ Dentre elas, alterações em virtude da oscilação superior a 10% no preço do óleo diesel

A Lei nº 13.703/2018 foi verdadeiramente a medida mais impactante da política pública de combate ao problema gerado pela paralisação dos caminhoneiros em maio, porque trouxe política de fixação de preço mínimo do frete do TRC nacional, o tabelamento de frete, todavia foram transformadas em lei outras três medidas provisórias decorrentes das negociações para o fim da greve dos caminhoneiros ocorrida no final de maio daquele ano.

A primeira, a Lei 13.711, de 2018, decorrente da MP 833/2018, garantiu a isenção de pedágio, em todo o território nacional, estendendo para as vias estaduais, distritais e municipais, para o eixo suspenso dos caminhões que estiverem sem carga⁹. A suspensão do eixo indevida será fiscalizada e sujeita o infrator à pena do Código de Trânsito.

Art. 17. Em todo o território nacional, os veículos de transporte de cargas que circularem vazios ficarão isentos da cobrança de pedágio sobre os eixos que mantiverem suspensos.

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo abrange as vias terrestres federais, estaduais, distritais e municipais, inclusive as concedidas.

§ 2º Os órgãos e as entidades competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disporão sobre as medidas técnicas e operacionais para viabilizar a isenção de que trata o *caput* deste artigo.

§ 3º Até a implementação das medidas a que se refere o § 2º deste artigo, considerar-se-ão vazios os veículos de transporte de carga que transpuserem as praças de pedágio com um ou mais eixos mantidos suspensos, assegurada a fiscalização dessa condição pela autoridade com circunscrição sobre a via ou pelo agente designado na forma prevista no § 4º do art. 280 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro).

§ 4º Para as vias rodoviárias federais concedidas ou delegadas, será adotada a regulamentação da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

§ 5º Ficam sujeitos à penalidade prevista no art. 209 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), os veículos de transporte de cargas que circularem com eixos indevidamente suspensos.

§ 6º O aumento do valor do pedágio para os usuários da rodovia a fim de compensar a isenção de que trata o *caput* deste artigo somente será adotado após esgotadas as demais alternativas de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos." (NR) (BRASIL, 2018)

A reivindicação dos caminhoneiros pela isenção do pedágio tem impacto econômico no valor trabalho, porque a suspensão dos eixos não gera desgaste do pneu nem no asfalto que justificando a isenção de pedágio para eixo suspenso.

Por sua vez, a Lei 13.713, de 2018, que decorreu da MP 831/2018, cuidou de reservar o mínimo de 30% do frete contratado pela Companhia Nacional de

⁹ TRC com um ou mais eixos suspensos serão considerados descarregados e têm direito à isenção.

Abastecimento (Conab) -, que utiliza as transportadoras para movimentar grãos pelo país e garantir o abastecimento de todas as regiões - para cooperativas e associações de transportadores autônomos. Antes, ocorria via licitação e passou a ser dispensada:

Art. 19-A. A Companhia Nacional de Abastecimento (Conab) deve contratar transporte rodoviário de cargas com dispensa do procedimento licitatório para, no mínimo, 30% (trinta por cento) da demanda anual de frete da Companhia, obedecidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - o contratado seja:

a) cooperativa de transportadores autônomos de cargas instituída na forma prevista na Lei nº 5.764, de 16 de dezembro 1971;

b) associação de transportadores autônomos de cargas constituída nos termos previstos nos arts. 53 a 61 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil);

II - o preço contratado não exceda o praticado nas tabelas referenciais utilizadas pela Conab;

III - o contratado atenda aos requisitos estabelecidos no regulamento para contratação de serviços de transportes da Conab, aprovado em ato do Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

Parágrafo único. A Conab pode deixar de observar o disposto no caput deste artigo na hipótese de a oferta de serviço de transporte de cargas pelas entidades mencionadas no inciso I do caput deste artigo não ser suficiente para suprir a demanda da Companhia. (BRASIL, 2018)

Já a Lei 13.712, de 2018, originada na MP 837/2018, beneficiou a parte dos atores burocratas, servidores de carreira da Polícia Federal, determinando o pagamento de indenização para o policial rodoviário federal, que for convocado para trabalhar no período de folga, em situações relevantes, complexas ou emergenciais que exijam significativa mobilização do efetivo:

Art. 1º Fica instituída indenização, de caráter temporário e emergencial, a ser concedida ao integrante da carreira de Policial Rodoviário Federal que, voluntariamente, deixar de gozar integralmente do repouso remunerado de seu regime de turno ou escala.

Parágrafo único. A indenização será devida no valor estabelecido no Anexo desta Lei, por turno ou escala de trabalho, ao Policial Rodoviário Federal que se dispuser, voluntariamente, a trabalhar durante parte do período de repouso remunerado de seu regime de turno ou escala e participar de eventuais ações relevantes, complexas ou emergenciais que exijam significativa mobilização da Polícia Rodoviária Federal. (BRASIL, 2018)

Assim sendo, como este trabalho tem o objetivo geral de analisar a PNPM, política pública adotada pelo Governo após reivindicação dos caminhoneiros, com paralisação das rodovias em maio de 2018, neste capítulo passaremos a entender o conceito de política pública e seu ciclo, sob a visão da ciência política, para, somente em seguida, adentrar o contexto econômico- jurídico.

1.1 Elementos Fundamentais de Política Pública

O estudo das políticas públicas ajuda os profissionais do direito - diante da visão limitada que têm sobre os diversos campos em que atuam - a terem uma maior compreensão do fenômeno político. Trata-se da tentativa de se afastar da limitação que nos faz repetir aquilo que está na lei ou já foi decidido nos tribunais.

Nas últimas décadas a política tornou-se uma área de intenso interesse para o direito, isto porque o “Estado liberal se inclina mais para limitação do poder para as garantias individuais, em sentido omissivo, do que à ação do Estado em sentido comissivo e construtivo.” (BUCCI, 2013, p 1)

O direito e por sua vez a legislação que o constrói importam e muito para as políticas públicas, já que as elas se emolduram, especialmente, por meio de um enquadramento jurídico. (Ibidemdem, p. 1)

No plano macroinstitucional, as grandes decisões políticas fundamentais são pensadas em longo prazo¹⁰, estruturadas como plano de ações de determinado Governo. (Ibidem, 2013, p. 1-5). Por isso, muito se fala em política pública como um fenômeno complexo (HOWLETT et al., 2013, p. 15) com diversas decisões tomadas por inúmeros atores, que operam interna e externamente no Estado.

Simplificadamente, a política pública pode até ser vista como um processo, mas nem por isso tem um ciclo fixo, do nascimento à extinção, já que costumeiramente os ciclos tendem a ser sucedidos por outros, sem que sequer o anterior tenha sido finalizado. (HOWLETT et al., 2013, p. 12 e 14)

Howlett, Ramesh e Anthony explicam a visão cíclica das políticas públicas, nos seguintes estágios: montagem da agenda, formulação da política, tomada de decisão, implementação da política, avaliação da política (HOWLETT et al., 2013, p. 15).

SECCHI (2016, p. 2), aponta dois elementos fundamentais à política pública, “intencionalidade pública e resposta a um problema público”. No que diz respeito ao conceito de política pública, diante da inexistência de consenso sobre o que venha a sê-la, com a finalidade de facilitar o caminho, indica a existirem três discussões¹¹ conceituais. (SECCHI, 2016, p. 2)

¹⁰ Não foi o que aconteceu com a PNPM que, diante do contexto de crise, teve uma resposta extremamente rápida do governo e pouca discussão social, jurídica e econômica.

¹¹ Secchi denomina de nó conceitual.

A intencionalidade pública se contrapõe à intenção privada. É que para se está diante da possibilidade de se realizar uma política pública não se define nem se resolve o problema só de um. Necessária se faz minimamente um interesse social, coletivo. A intenção individual tem seu ciclo privado desligado de uma política pública.

Somado à intencionalidade, a política pública responde a problemas públicos, que nada mais são do que aquilo que os atores elegem como coletivamente relevante e buscam chegar em uma situação futura melhor ou que traga algum ganho em relação à anterior. O desejo na resolução de um problema público é se chegar a uma situação ideal para aqueles que por ele são afetados. Todavia, dentro do desenvolvimento da política e da perspectiva dinâmica da sociedade, uma política pública deve ser eficiente a ponto de, ainda que não enfrente absolutamente o problema, traga ao menos uma melhoria em relação a situação que o ensejou.

Os problemas públicos devem se utilizar da política pública para vislumbrar o equilíbrio entre aquilo definido como tecnicamente eficiente em consonância com a viabilidade política (AGUM et al, 2015, p. 16). Que dizer, não adianta no enfrentamento do problema trazer situações sem viabilidade política¹², como a duplicação de toda malha rodoviária brasileira, quando não se tem orçamento; ou mesmo zerar carga tributária do óleo diesel para atender às reivindicações dos atores da política de preço mínimo de frete, quando o Estado está em recessão e, ainda mais, tem regras constitucionais a cumprir.

A resposta ao problema nasce com a política pública como meio de enfrentar um problema público quando este entra na lista de prioridade, o que não significa sempre crise política, como ocorreu na PNPM dos TRC. E são várias as razões para se tornar prioridade, que vão desde um estado de força maior, passando por uma crise, até a necessidade política de cumprir uma plataforma eleitoral.

A política pública de frete nasce de uma crise derivada de problemas públicos no setor econômico de uma categoria determinada: a reivindicação dos caminhoneiros devido à alta do óleo diesel, como se demonstrará ao longo desta pesquisa, que ensejou a busca pela valorização do trabalho da categoria. (GERALDO / REVISTA O CARRETEIRO, 2018)

¹² Políticas Públicas: Conceitos e Análise em Revisão | Ricardo Agum, Priscila Riscado e Monique Menezes | 12 – 42 - Revista Agenda Política | Vol.3 – n.2 – julho/dezembro – 2015

Engendrado o problema público, o primeiro ponto é estabelecer a competência e o protagonismo para realização da política pública, onde se extrai a abordagem multicêntrica em oposição à Estadocêntrica.

SECCHI (2016, p. 2), na definição de política pública, a partir dos atores protagonistas do processo, aponta que, embora haja pesquisadores que preferam a abordagem Estadocêntrica, sendo o Estado dotado de exclusividade para elaboração e execução da política pública, há também os que adotam a abordagem multicentrista¹³.

Conforme expõe Heidemann (2010, p. 31) a política pública, em sua visão, deve ter a abordagem multicêntrica, pois o enfrentamento de problema público vai além das estruturas governamentais.

Para Rua (2009), a política se torna pública por seu caráter jurídico normativo. Políticas públicas não compreendem decisões privadas ante a ausência do poder imperativo-normativo que somente tem o Estado. E complementa que ações privadas, realizadas pela sociedade com caráter público, não deixam de ser privadas só porque envolve interesses públicos.

Não é que a visão estatista não admita que os atores não estatais tenham influência nas tomadas de decisões públicas, mas unicamente ao Estado cabe a liderança no processo de políticas pública. (SECCHI, 2016, p. 2).

O Estado possui competência exclusiva em algumas áreas da política pública, a exemplo da política tributária de um país, cujo papel é de criar tributos, dar isenções e imunidades, não podendo ser delegado a um ente privado. No que tange às falhas de mercado, o Estado tem seu papel reforçado para enfrentamento do problema (Ibidem, pp. 3/4), já que a regulação, derivada do poder normativo-regulador, é remédio mais eficaz. No entanto, problemas públicos ambientais são enfrentados diariamente por políticas realizadas pelo Estado, mais também por organismos privados como ONGs, por exemplo.

Essa diferenciação entre visões multicentrista e estatista tem sua importância para o tema da política de preços mínimos porque a política pública em estudo, precificação do fretes de carga rodoviários, inicia seus primeiros passos pelos

¹³ A abordagem multicêntrica, segundo Secchi (2016, p. 2), considera “*organizações privadas, organizações não governamentais, organismos multilaterais, redes de políticas públicas (policy networks), juntamente com atores estatais, protagonistas no estabelecimento das políticas públicas (Dror, 1971; Kooiman, 1993; Rhodes, 1997; Regonini, 2001).*”

atores não governamentais, ou seja, associações e caminhoneiros, empresas de frete que paralisaram seus serviços em 2018, todavia só depois o Estado passa a assumir o protagonismo, e diante de seu poder imperativo-normatizador, regula uma situação (suposta falha de mercado), com os preços mínimos adotados por uma agência reguladora federal, mas com participação das associações e demais interessados.

Na atualidade, há uma diversidade de conceito de política pública, não só pelo fato de ser um processo complexo, mas pelos inúmeros autores, que estão à frente de sua formulação (Faria, 2003, p. 21). É que a diversidade de pesquisas empíricas sobre política pública levou os modelos tradicionais - política pública como papel único e exclusivo do Estado - a sucumbirem, reformulando o processo a uma visão mais pluralista do que venha a ser política pública. (Ibidemdem, p. 21)

Assim, destaca que:

Na verdade, há hoje uma Babel de abordagens, teorizações incipientes e vertentes analíticas que buscam dar inteligibilidade à diversificação dos processos de formação e gestão das políticas públicas em um mundo cada vez mais caracterizado pela interdependência assimétrica (...) (FARIA, 2003, p.22)

A presença de novos atores ocorre porque, à medida que a sociedade avança, novos problemas públicos surgem e precisam ser enfrentados pelo Estado ou por indivíduos ou grupos que desejam colocar suas ideias de resolução em prática. Esses atores que buscam colocar o problema no foco de discussão têm poder de influenciar¹⁴ os rumos da política, diante da posição social que ocupam: desde entes federativos, políticos, seus partidos, mídia, analistas políticos, burocratas, bancadas parlamentares, os próprios beneficiários da política, colaboradores, associações e sindicatos, Organizações Não Governamentais (ONGs), dentre outros.

Assim, uma política pode ser estabelecida como prioritária tanto na esfera pública (atores governamentais), quanto na privada (atores não governamentais), inclusive concomitantemente, todavia sem perder a intencionalidade pública em hipótese alguma. (Secchi. Op cit., p. 5)

Trazendo os conceitos problema público à PNPM-TRC, enquanto a prestação de serviços de fretes por transporte rodoviário de carga não conseguir supostamente estabelecer seus preços e for capaz de gerar crise, inclusive de abastecimento, - como aconteceu em maio de 2018 - estaremos diante de um problema público, essencial à existência de uma política pública.

¹⁴ Doutrinariamente, os influenciadores de política são conhecidos como stakeholders.

A forma de enfrentamento do problema pelo governo, em acordo assinado com associação privada, foi a PNPM, que teve tanto ator governamental como ator privado, associações privadas, o que reforça a visão multicêntrica adotada neste trabalho.

Sobre o que Secchi chama de segundo nó conceitual de política pública, Teixeira (2002, p. 2) destaca a omissão como forma de política pública, aduzindo que “Devem ser consideradas também as ‘não ações’, as omissões, como formas de manifestação política, pois orientam opções e orientações dos que ocupam cargos”.

Neste contexto Secchi (Op cit., p. 6) aponta a dificuldade de se aceitar conceitualmente a omissão como forma de política pública, já que – se a política pública é resolutória de problemas públicos, todo problema público há de ser enfrentado por uma política ativa, derivada de uma ação. E aduz “...que situações de omissão ou negligência governamental não devam ser consideradas políticas públicas, mas apenas falta de inserção do problema na agenda formal”. No entanto, cita Thomas Dey (1984, p.1)¹⁵, para quem política pública é “tudo aquilo que os governos escolhem fazer ou não fazer” (Secchi apud Dey pag. 6) e Fernandes (2010, p. 43) para quem “o Governo que não toma uma atitude pública sobre determinado problema também faz política”.

É evidente que a omissão de um governo frente a um problema público é algo a se questionar o porquê de manter aquela situação, todavia são muitas as razões pelas quais o um problema se inclui na lista de prioridade de enfrentamento.

Ao analisar a política pública de precificação mínima do frete de carga, poderíamos pensar que o governo optou por não regular o valor mínimo do frete do transporte rodoviário de carga, antes das manifestações dos caminhoneiros de maio de 2018. Todavia, no caso da tipologia de política regulatória que se analisa, para que se enfrente um problema, não basta a vontade governamental, é necessário que haja uma falha de mercado para que o Estado intervenha.

A omissão governamental não significa que se está diante de uma política pública, como afirmou Dey (1984, p.1), por isso o estudo parte da análise da vigência da PNPM, após constatação de suposta falha de mercado pelos atores políticos.

O terceiro nó conceitual é a divergência teórica sobre o nível de uma política pública, porque houve que defendesse que somente macrodiretrizes, ou seja, política

¹⁵ Dye busca razão no artigo de Bachrachib & Barataz (1962), publicado na American Science Review, intitulado de Two Faces of Power.

de nível superdimensionado, a exemplo de uma política nacional, fosse política pública. No entanto, até pela divisão da administração pública brasileira, manifesta nos institutos administrativos da descentralização ou desconcentração reforçam a ideia de que autarquias (administração indireta) e departamentos de uma secretaria de Estado (administração direta), por exemplo, podem realizar políticas pública.

Na política de precificação em valores mínimos dos fretes realizados por transportadores rodoviários de carga, a Lei 13.703/2018, aprovada da conversão da Medida Provisória nº 832/2018, de 27 de maio de 2018 foi a macrodiretriz da instrumentalização da Política Pública da União, todavia os problemas públicos da regulação relativo a cálculos de valores mínimos, fiscalização do cumprimento, etc. ficaram a cargo da Agência Nacional dos Transportes Terrestre – ANTT, agência reguladora da administração indireta que vem tomando diretrizes operacionais e intermediárias, através do instrumento da Resolução. (BRASIL, 2018)

Neste passo, como se nota da PNPM, não só as macrodiretrizes, mas as operacionais e intermediárias também são parte da política pública, já que têm papel de enfrentar o problema público.

Quando está se analisando as ações de um determinado fato político, objeto de uma pesquisa acadêmica, é deveras arriscado, para não dizer perigoso, desenvolvê-la a partir de um conceito de política pública fechado.

Por isso, para análise da PNPM e suas consequências sócio-jurídicas e econômicas, como ponto de partida, para fins didático-argumentativo, utilizaremos o conceito de política pública como resposta, isto é, uma ação ou conjunto de decisões a enfrentar um problema público eleito como prioritário, dentro de uma arena política, pelos atores governamentais ou privados.

1.2 Tipologia de LOWI: O enquadramento do tabelamento de frete

Estudar a tipologia das políticas públicas é conhecer os caminhos para detectar os problemas, seus impactos e as ferramentas para resolvê-los.

A tipologia acerca das políticas públicas mais difundida entre os estudiosos da ciência política é sem dúvida a de Theodore J. Lowi (1964; 1972). É dele a afirmação “policies determine politics”, que em tradução livre significa que a política pública faz a política. Com essa afirmação de Lowi, pode se extrair que, a depender do tipo de política pública, diversos são as formas de “apoio e rejeição” (SOUZA, 2002,

p. 6), diferentes são as arenas de disputas, enfim o tipo determinará o processo político¹⁶.

Lowi (1964, p. 689) apud Secchi (2016, p. 26) baseia-se no critério de “impacto esperado na sociedade” para classificar as políticas públicas em: política regulatória, política distributiva, política redistributiva, políticas constitutivas.

As políticas distributivas geram mais impactos individuais que universais, pois se concentram em grupos determinados de atores, porém com custos difusos, não sendo o foco a questão dos recursos limitados. Para quem está realizando a política pública, há uma sensação de ganho, como resposta social dos grupos beneficiários, tipo um “toma lá dá cá” (SECCHI, 2016, p. 26) e (SOUZA, 2006, p. 28).

São em sua grande maioria políticas ligadas à disparidade na distribuição de renda, a exemplo do benefício assistencial previsto na Lei Orgânica da Assistência Social para deficientes e idosos.

Já as políticas redistributivas são aquelas em que o custo ou a perda em curto prazo é de um grupo, entretanto o benefício é de outro grupo social, por isso ocorrem em um ambiente de mais conflito.

É o exemplo na diminuição da alíquota da CIDE combustível para se chegar a impactar no valor do frete.

O outro tipo de política pública é a regulatória, que determina padrão de comportamento, produtos e serviços para o público e privado, bem como pode estabelecer sanções em caso de descumprimento. Neste tipo de política predomina uma medição de força entre regulador e regulado, inclusive é nela que se reforça o perigo da captura do regulador pelo regulado. É o tipo de política de maior interesse para a política pública de frete, justamente, porque a sua essência é predominantemente regulatória. É o tipo mais visível de política no dia a dia da sociedade, porque presente nas mais variadas situações, a exemplo de políticas regulatórias consumeristas com a regulação do PROCON, regulação de energia pela ANEEL, de transporte para ANTT, dentre outras.

Por último, há o tipo de política constitutivas, que definem regras sobre procedimentos, elaboração de políticas, competência etc. “São chamadas *meta-polícies*, porque se encontram acima dos outros três tipos de políticas e comumente moldam a dinâmica política nessas outras arenas” (SECCHI, 2016, p. 26).

¹⁶ Celina Souza, Políticas Públicas: Conceitos, Tipologias e Sub-Áreas, em Trabalho elaborado para a Fundação Luís Eduardo Magalhães, em dezembro de 2002.

Embora, como já dito, a política de precificação em valores mínimos do frete do frete rodoviários tenha uma maior expressão na natureza regulatória, não se pode negar que todo o problema que a envolve tem características de outros tipos elencados por Lowi.

A título de exemplo, a alternativa encontrada pelo governo de redução tributária de CIDE e ICMS para diminuir o valor do óleo Diesel nas bombas dos postos de gasolina e chegar até os caminhoneiros é traço marcante da política redistributiva. Outra situação, só que dessa vez como exemplo de política constitutiva, é a da competência da ANTT para o procedimento de cálculo do valor do frete mínimo, execução de fiscalização e aplicação de multas àqueles que estiverem descumprindo o piso. Essa competência foi dada por Medida Provisória, aprovada em forma de lei pelo congresso e regulamentada por Resolução da Autarquia Federal.

No contexto, não é fácil destacar dentro de uma política macro as diversas diretrizes que apontam para um ou outro tipo, uma vez que as fronteiras que os separam não são facilmente visíveis (Ibidemdem, p. 26), ainda mais pela dinâmica da análise da política pública.

Entretanto, é importante trazer essa distinção, justamente, porque o Estado deve decidir por uma política regulatória de precificação mínima, quando há uma falha de mercado de um rigor tal que essa seja a alternativa constitucional viável; não possui a política regulatória função de substituir a distribuição de renda, que se resolve muito mais pelas políticas distributivas, redistributivas e até regulatórias, porém menos rigorosas que uma intervenção de mercado da forma como aconteceu na PNPM.

Do ponto de vista regulatório, é necessário verificar se a Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas – PNPM – TRC (Lei nº 13.703/08) é justificável pela teoria econômica do equilíbrio racional e eficiente do mercado.

1.3 Ciclo das Políticas Públicas

A sociedade, assim como as políticas públicas que visam ao bem social, é dotada de um dinamismo, de uma progressividade de forma que, tanto o espaço, quanto o tempo, quanto o regime em que se encontra podem determinar um problema público. Esse problema que existe hoje pode não mais existir amanhã ou pode ter deixado de ser prioridade. Esse dinamismo social gerador dos mais diversos

problemas precisa ser enfrentando com políticas públicas eficazes, organizadas em ciclo, para que didaticamente facilitem os entendimentos.

Lindblon propôs que o processo de elaboração de uma política pública fosse analisado por meio de fases, passando a chama-lo de Policy Cycle ou Ciclo da Política Pública (AGUM, 2015 p.23). As fases sequenciais apresentadas no ciclo ajudam visualizar o caminho de uma política pública, o papel dos atores, bem como a arena onde acontece. Todavia, o ciclo da política pública não possui rigidez na dinâmica de suas fases (Ibidemdem, p.23), dificilmente a política pública segue a sequência cronológica. Por sinal, muitas das vezes se interseccionam, alternam ou sequer uma ou outra acontece.

De outro modo, não existe uma classificação de fases melhor que a outra. São muitos os autores que trazem essa divisão didática, mas nem sempre as fases se identificam, como ocorre nas segmentações propostas por Howlett, Ramesh e Anthony, Celina Sousa e Leonardo Secchi apontadas em suas obras, as quais iremos utilizar, como referencial teórico e revisão bibliográfica nesta pesquisa.

Neste contexto, para uma melhor compreensão dos acontecimentos que levaram o governo à tomada de decisão pela precificação mínima do frete, far-se-á um estudo do histórico da paralisação dos caminhoneiros, enquadrando nas fases propostas por Leonardo Secchi (2016), ideal para análise da política pública após um ano de sua implementação.

1.3.1 Identificação do problema

A identificação de um problema é a fase do ciclo que separa os problemas que são prioridade dos atores políticos daqueles que por algum motivo não conseguiram atenção especial para entrar na agenda dos tomadores de decisão.

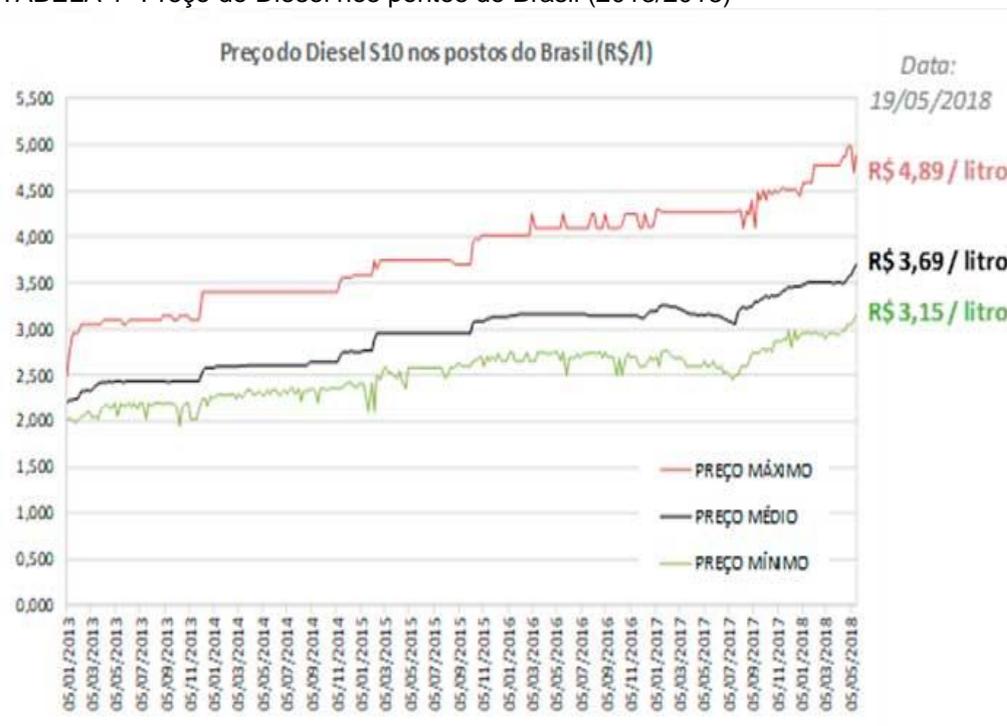
Rangel¹⁷ (2019, p. 315-316) aponta que os atores em rede têm um papel de extrema importância nessa fase porque encaram um problema como matéria prima de seu trabalho. Se pegarmos a Associação Brasileira de Caminhoneiros (ABCAM) e a mídia¹⁸ como exemplo, fica fácil visualizar porque tão rapidamente os problemas públicos gerados pela paralisação foram identificados e ingressaram com prioridade na agenda do Governo Federal.

¹⁷ Trata sobre a Segurança alimentar e nutricional na região Sudeste. Por Tauã Lima Verdán Rangel

¹⁸ A paralisação dos caminhoneiros foi noticiada em todos os jornais, rádios e demais meio de comunicação, ante a iminência de crise de abastecimento da população brasileira.

A alta de 56%¹⁹ do diesel²⁰ em 10 meses²¹ levou milhares de caminhoneiros a protestos, bloqueando rodovias federais, em maio de 2018.

TABELA 1- Preço do Diesel nos pontos do Brasil (2013/2018)



FONTE: ANP. Análises ILOS²²

O gráfico analisa o histórico do preço do diesel S10 cobrado nos postos brasileiros entre os anos 2013 e maio de 2018, mês em que eclodiu a paralisação dos caminhoneiros e que o Diesel teve a sua maior alta²³, com a variação de 56%. Com o aumento do combustível, conseqüentemente, aumenta-se o valor do frete, já que representa valor significativo na composição do valor do trabalho realizado pelo transportador Rodoviário de Carga.

A BBC²⁴, em 30 de maio de 2018, após 9 dias de greve, noticiou a greve com iminente crise de abastecimento:

Pouco a pouco, o Brasil começou nesta quarta-feira a se recuperar dos efeitos causados pela greve dos caminhoneiros, que durou dez dias e

¹⁹ Encontrado em <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,caminhoneiros-paralisam-rodovias-pelo-pais-contra-aumento-nos-precos-do-diesel,70002317352> (Acesso: 08.08.2018)

²⁰ Variação do preço do óleo diesel em porcentagem segundo gráfico realizado pela Petrobrás.

²¹ Segundo cálculos do Centro Brasileiro de Infraestrutura (CBIE) encontrados em <http://www.cbie.com.br/category/dados/>

²² Encontrado em: <https://www.ilos.com.br/web/tag/frete-rodoviario/>

²³ Após 05/2018, o Diesel sofreu uma baixa de início, porém teve cinco aumentos consecutivos até 05/2019, um ano após a implantação da PNPM.

²⁴ <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44302137>

paralisou serviços como fornecimento de combustíveis e distribuição de alimentos e insumos médicos, levando o país à beira do colapso.

A categoria parou no dia 21 de maio para exigir uma redução nos preços do óleo diesel - que subiram mais de 50% nos últimos 12 meses. A principal reivindicação quanto aos impostos que incidem sobre o combustível, como o PIS-Cofins. Eles também exigiam a fixação de uma tabela mínima para os valores de frete. (...)

Com caminhões parados, bloqueando parcialmente as rodovias, combustíveis deixaram de ser entregues em diversos postos e outras atividades que esperavam matérias-primas e produtos essenciais, como alimentos, também acabaram desabastecidos.

(...) (BBC, 2018, s/n)

Assim, diante da pressão dos atores privados (associações, autônomos, agronegócio etc) sobre governo federal foi gerada situação de crise: a paralisação dos caminhoneiros em maio de 2018, da qual decorre o fechamento de rodovias, filas em postos de combustíveis, crise de abastecimento, somado a isso, a luta pela valorização do trabalho humano, no sentido de melhoria das condições de trabalho. Da crise, identificou-se um grave problema a ser enfrentado pelo governo, que precisava às pressas formar sua agenda, dentro desse contexto.

É importante verificar que a identificação do problema e sua entrada na agenda pelo alta do preço do diesel teve o condão de identificar outros problemas: tributação excessiva, valor alto de pedágios, necessidade de valorização do trabalho dos trabalhadores autônomos de carga etc., todavia, no que tange à livre concorrência e fixação de preço, a análise da política pública deixa claro que o setor de frete não carecia de intervenção estatal regulatória-normativa.

Na análise da formação da agenda fica mais clara que, dentre as alternativas encontradas, as decisões tomadas extrapolam a função do Estado interventor, que interfere na formação do preço dos fretes, quando o mesmo se autorregulava sem necessidade de intervenção estatal.

1.3.2 Formação da agenda

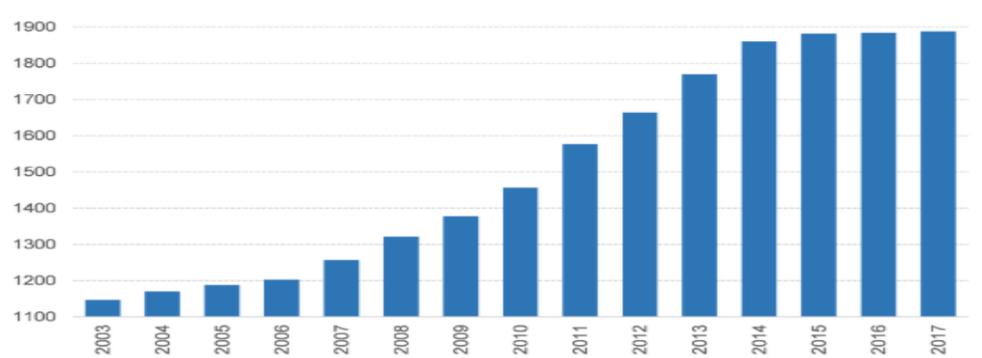
A formação ou montagem da agenda é vista por alguns como primeira fase do ciclo, já que engloba a identificação do problema.

Quando se trata de estabilidade e mudança de agenda, o modelo do “equilíbrio interrompido” (*punctuated equilibrium*) é o mais conhecido. Introduzido por Baumgartner e Jones (1993), os autores fundamentam-se em estudos de biologia,

para dizer que as agendas passam por período de estabilidade, até que sejam interrompidos, gerando novas agendas. (SOUZA, 2006, p. 33)

Até 2014 caminhoneiros autônomos estavam trocando as frotas ou comprando seus veículos a juros mais baixos, cobrando seu frete de acordo com as regras de mercado, ou seja, dentro da liberdade de contratar, como se nota da tabela de frota circulante de caminhões no Brasil²⁵:

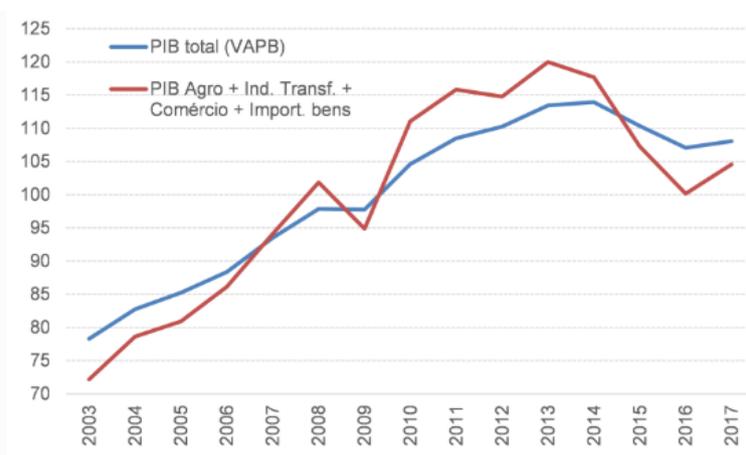
TABELA 2 – Frota Circulante de Caminhões -Brasil (Sindipeças)



Fonte: SINDIPEÇAS²⁶

Em análise do PIB em volume do Brasil, havia uma sensação de franco crescimento da economia brasileira entre 2005 e 2013:

TABELA 3: PIB em Volume (Índice – Média de 2003 a 2017)



FONTE: IBGE²⁷

²⁵ O SINDIPEÇAS em 2019 publicou tabela em que demonstra a retomada do crescimento da frota em 2019, todavia em percentual bem inferior ao que vinha ocorrendo até 2013.

²⁶ Encontrado em <https://jornalggn.com.br/crise/subsidio-do-governo-dilma-a-caminhoes-nao-causou-a-crise-mostra-economista/>

²⁷ Encontrado em: <https://jornalggn.com.br/artigos/excesso-de-oferta-vs-falta-de-demanda-consideracoes-sobre-o-transporte-de-cargas-no-brasil-por-braulio-borges/>

Entretanto, em virtude das sucessivas altas do Diesel em 2018 (TABELA 1) - com recessão da economia nos primeiros anos do segundo Governo da Presidente Dilma Rousseff até o Governo de Michel Temer (TABELA 3) – os TRCs foram tomados por uma insatisfação, dado os impactos econômicos no valor do produto de seus trabalhos. Iniciou-se, portanto, o processo de embate entre associações e caminhoneiros autônomos o governo.

Assim, dentro do que se ensina a teoria de equilíbrio pontuado, os períodos de crise e conseqüente ruptura - capazes de inserir problemas na agenda – levaram a paralisação e demandas a serem inseridas e reinseridas na agenda de solução governamental de tal forma que - dentre as alternativas, optou-se por estabelecer um preço mínimo do frete de carga, levando a crer que o mercado não fosse capaz de se autorregular, a ponto valorizar o trabalho do TRC.

1.3.3 Formulação de alternativa

Inserido o problema na agenda, a terceira fase teoricamente se inicia com a formulação de alternativas, momento em que se persegue uma análise de causa e efeito de cada alternativa persecutória de solução. É a busca para alcançar metas resolutórias. E como se sabe não existe um só caminho para alcançar o mesmo objetivo. O ideal é que se encontrem as soluções mais eficientes e racionais para se enfrentar o problema. (AGUM, 2015, p. 26)

Lado outro, nem sempre o estabelecimento de programas e metas é o mais desejável como alternativa a uma política pública, pois há casos de que a chance de insucesso é tão grande que só traria frustração. A título de exemplo, diminuir as vendas de caminhões como meta para baratear o frete, por diminuir a concorrência, teria efeitos tão indesejáveis, que não se imporia como alternativa de solução ao problema da perda do poder lucrativo da atividade econômica e desvalorização do trabalho do frentista.

Dentro da teoria comportamental, há métodos de indução que servem de estímulo positivo (premiação) ou negativo (sanção), conscientização e soluções técnicas para construção de alternativa visando a um determinado objetivo. Por isso tão importante conhecer o tipo da política para que se construa uma alternativa eficaz.

Veja que uma mesma política pública, a exemplo da de cunho regulatório, que persegue modelos de comportamentos, pode sofrer estímulos de

conscientização, sanção e solução técnica, em diferentes situações. A lei que estabeleceu a política de frete adotou a sanção para caso de descumprimento de mínimos, porém também adotou a solução técnica para cálculo de frete.

Em 28 de maio, foi noticiado pelo jornal Poder 360²⁸ as principais alternativas costuradas entre governo e associações dos caminhoneiros: redução até 31/12/18 de R\$0,46 no preço diesel, congelamento dos preços do diesel por 60 dias, sendo que, após os 60 dias, os reajustes passariam a acontecer a cada 30 dias, permitindo previsibilidade do transportador para cobrança do valor do frete, extinção da cobrança de pedágio por eixo suspenso em rodovias federais, estaduais e municipais, tabela mínima de frete e determinação para que 30% dos fretes da Conab sejam feitos por caminhoneiros autônomos, com objetivo de equalizar a demanda. (Poder 360, 2018).

As notícias trazidas demonstram que foram inúmeras as alternativas discutidas pelo governo - desde a atuação de força armadas na rua, diminuição da CIDE sobre o diesel até a tomada de decisão pela regulação setorial do transporte de frete, - todavia é notório que a crise instalada e a pressão a que vinha sofrendo o governo foram determinantes para que se instalasse a intervenção estatal mais rígida, a precificação do frete de transporte rodoviário de carga, à revelia das disposições constitucionais da ordem econômica, retirando do mercado a prerrogativa da livre fixação de preço, corolário dos princípios da livre iniciativa e concorrência.

1.3.4 Tomada de decisão

A tomada de decisão é momento de escolha da alternativa ou das alternativas, dentre aquelas formuladas pelos atores políticos com a finalidade de que o momento posterior seja melhor que o anterior, que haja algum ganho no enfrentamento do problema público. É neste momento de decisão que surgem os chamados modelos de racionalidade.

Importante trazer para esse trabalho os modelos de racionalidade, desenvolvidos por Simon (1989), no trabalho cujo título é “A razão nas coisas humanas”. Aqui, esclarecem-se as diferentes formas de racionalidade, em contraposição ao modelo de racionalidade perfeita, defendido pelos neoclássicos cuja

²⁸ Encontrado em: <https://www.poder360.com.br/brasil/principal-associacao-de-caminhoneiros-abcam-assina-acordo-com-governo/>, acesso em 01.08.2018.

ideia de decisão racional advém da economia e da estatística, em que a decisão racional gera a maximização da riqueza, de forma natural (SIMON 1979b, APUD PEREIRA ET AL, 2010, p. 264)²⁹.

Simon (1979b) apresenta o modelo de racionalidade limitada, dada a capacidade humana limitada de processar dados, de assimilar informações, limitação de tempo, de conhecimento e aduz que as pessoas são “intencionalmente racionais, apenas de forma limitada”, isso o leva a concluir que as pessoas estão impossibilitadas de encontrar a decisão ótima, sendo racional encontrar aquela mais adequada, razoável e satisfatória possível. (SIMON 1979b, APUD PEREIRA ET AL, 2010, p. 264)

O Modelo do incrementalismo de Lindblom analisa o processo decisório sob um enfoque político, afastando-se do modelo racional.

Pereira et al (2010 p. 265), ao citar Lindblom, ensina sobre o processo decisório que, em questões simples, as decisões são racionais porque pode-se observar “todas variáveis intervenientes e o problema de valores é restrito”; já os de natureza complexa, que o decisor não tem capacidade de conhecer todas as variáveis, é necessário dispensar a racionalidade para se utilizar do “method of successive limited (branch method)”, cujos valores e interesses em questão não podem ser ignorados pelos indivíduos.

A tomada de decisão incremental representa que ao menos existe uma busca de equilíbrio somada à necessidade de melhora em relação ao momento anterior, ou seja, decisões vão sendo renovadas ou alteradas à medida da necessidade. Lindblom (1959 Apud Pereira et al 2010) traz a ideia de soluções ajustáveis a problemas e, por sua vez, problemas também são ajustáveis a soluções. Enquanto seres racionais, tomadores de decisões, muitos interesses entram em jogo na dinâmica dos ajustes. Lado outro, inúmeras soluções sequer saem do campo teórico, por não conseguirem espaço ou não haver interesse político.

O interesse político tem um papel, digamos, interessante, dentro do processo de tomada de decisão, justamente porque o decisor público, que em boa parte das vezes é um político, conquanto tenha uma equipe técnica à sua disposição, alçadas à administração pública seja por concurso ou cargo em comissão, acaba

²⁹ Rev. Adm. UFSM, Santa Maria, v. 3, n. 2, p. 260-268, mai./ago. 2010 BRENO A. DINIZ PEREIRA , MAURI LEODIR LOBLER E EUGÊNIO DE OLIVEIRA SIMONETTO

levando a decisão por outros fatores mais ligados ao campo político, à sua agenda privada, àquilo que lhe dará mais retorno no seu reduto eleitoral.

Além disso, os atores envolvidos possuem uma gama de interesses na solução ou não de um problema público, por isso forma grupos de pressão para que essa ou aquela alternativa seja ou não implementada. No contexto da paralisação dos caminhoneiros de 2018, como se inicia num contexto de aumento de combustível, era aparente apoio de associações, do agronegócio, das empresas, da população. É que quando se diminui o valor do diesel e pode se cobrar mais barato pelo frete, há uma sensação de “todos ganham”, desde os contratantes, grandes empresários, até o consumidor final, que vislumbra impacto no valor final do produto.

É importante observar que nem sempre a melhor alternativa está englobada pela tomada de decisão. O jogo político, os interesses dos atores envolvidos muitas vezes interferem de tal forma na elaboração da política pública que se opta pela melhor decisão construída politicamente e não necessariamente por aquela mais técnica ou que seria, por algum critério mais racional, a melhor opção.

No caso de tomada de decisão pela política regulatória, a exemplo da precificação mínima de frete de TRC, objeto deste estudo, optou-se por estabelecer um marco regulatório rígido, levando-se a crer que estávamos diante de um mercado completamente falho, sem condições de formar seus preços. Foram, inclusive, fixadas multas sancionatórias contra aqueles que descumprem os valores mínimos estabelecido pelo órgão regulador, tudo isso em favor de uma suposta valorização do trabalho dos frentistas cujo tempo mostrou inócua.

Poder-se-ia, ainda, optar por um marco regulatório mais flexível, em favor das regras de mercado livre e da liberdade empresarial, com tabela crescente de valores razoáveis, de cunho indicativo, mas não compulsórios. Neste caso, entende-se que o mercado está falho, mas que a falha poder ser corrigida com mecanismos econômicos, de impulsionamento do setor de TRC, bem menos drásticos do que uma precificação compulsória

A presença dos atores políticos, os caminhoneiros, em arena decisória, formando grupo de pressão para diminuir os custos e elevar seus lucros dentro do que eles julgavam justo, foi decisória para tomada da decisão às pressas, já que existia em um contexto de grave crise.

E dentro da crise de abastecimento gerada, em 22 de maio de 2018, o então Ministro da Fazenda, Eduardo Guardia, fez apelo para que os caminhoneiros

retomassem suas atividades. Anunciou o encaminhamento de acordo entre o governo e o Congresso Nacional com objetivo de eliminar a cobrança da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (Cide) sobre o diesel³⁰, de forma que impactaria na valorização de trabalho dos TRC.

O plano do governo para finalizar a paralisação era de aprovar reoneração da folha de pagamento no Congresso Nacional e, com isso, eliminar Cide sobre o diesel³¹.

No dia 24 de maio, o Presidente Michel Temer anunciou a formulação de um acordo entre governo e nove entidades do setor de frete para suspender a paralisação dos caminhoneiros e adiantou a discussão com secretários estaduais de Fazenda sobre uma possível redução da incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) nos combustíveis³², o que não vingou, como se demonstrará.

Os principais itens do acordo assinado e publicado no site do planalto³³ foram: a) diminuição da alíquota da Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico (Cide) sobre o diesel a zero e a redução de 10% nos preços do combustível nas refinarias por 30 dias seguidos, por meio de contrapartida entre a União e a Petrobras, b) governo assegurar a previsibilidade em eventuais reajustes para pelo menos 30 dias de antecedência; c) reedição de tabela de frete a cada três meses sem reoneração da folha de pagamento do setor de cargas; d) promoção da isenção da tarifa de pedágio em que não será cobrado o eixo suspenso em caminhões vazios.

Vejamos que, ressalvado o item de reedição de tabela de frete a cada três meses, até então todas as notícias davam conta de uma intervenção do Estado na economia, inclusive por meio de incentivos, como forma de inibir que a concorrência ficasse apenas aos cuidados do mercado, de seus agentes econômicos, com concentração de benefícios aos grandes agentes econômicos.

³⁰ Notícia extraída do site do Planalto, em: <http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanhe-planalto/noticias/2018/05/acordo-entre-governo-e-congresso-vai-permitir-o-fim-da-cide-sobre-o-diesel>. Acesso em 02.08.2018.

³¹ Em entrevista nesta quarta-feira (23), ministro-chefe da Casa Civil reforçou empenho do Executivo em aprovar reoneração da folha no Congresso Nacional e eliminar Cide sobre o diesel: <http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanhe-planalto/noticias/2018/05/dialogo-entre-governo-e-caminhoneiros-e-permanente-garante-padilha>. Acesso em 02.08.2018.

³² Em: <http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanhe-planalto/noticias/2018/05/temer-dialogo-constante-durante-tres-dias-levou-a-acordo-com-caminhoneiros>. Acesso em 02.08.2018.

³³ Em: <http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanhe-planalto/noticias/2018/05/governo-e-caminhoneiros-celebram-acordo-para-suspender-paralisacao>. Acesso em 02.08.2018.

Mesmo após assinatura do acordo, não houve finalização das paralisações, o que fez com que o governo propusesse novo acordo com os caminhoneiros cuja proposta foi de reduzir o preço do óleo diesel em 46 centavos até o fim do ano, valor equivalente à Cide e ao PIS/Cofins que incide sobre o combustível.³⁴ E, em 27 de maio, ainda sob alegação das associações de caminhoneiros - que realizam transporte de carga -, de prejuízos à ordem social e econômica, a Associação Brasileira dos Caminhoneiros (Abcam) assinou acordo com o Governo com intuito de pôr fim a paralisações dos caminhoneiros, inclusive com promessa de o governo se utilizar da alternativa de regulação setorial, com criação de uma tabela mínima de preços.

Veja-se que em nenhum momento se discute a proporção da falha de mercado, não se tem estudo de impacto regulatório. A ideia era finalizar a todo custo a paralisação e fechamentos das rodovias federais. O mercado tem liberdade constitucional para fixar preços, sendo que, essa só pode ser mitigada somente em casos tão excepcionais. Com o preço do frete não é diferente. Por mais que o setor estivesse passando por um momento de crise, explicado neste capítulo, a PNPM além de ineficaz economicamente, não se mostra dentro da razoabilidade constitucional da ordem econômica.

A crítica que se faz é sobre a inexistência de avaliação sobre critérios de ponderação e falta de abordagem sob o enfoque da Análise Econômica do Direito, referida por Posner, com objetivos de relacionar a questões jurídicas efeitos práticos no rumo da economia (POSNER, 2088, p. 5-12).

Nestes casos, por mais esforço que o decisor público, no caso o governo federal, faça para encontrar um equilíbrio fundamental das forças entre atores políticos e econômicos, não se espera, dentro de um mercado que estava se autorregulando e formando seu preço sem necessidade de intervenção do Estado, seja adotada a decisão de dar um preço mínimo a ser pago nas contratações dos fretes realizados pelos transportadores de carga.

E é o que fez com a promulgação de lei federal, posteriormente regulamentada por autarquia federal do setor de transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, simplesmente porque, dentro de contexto crise de cunho econômico, cujos incentivos e intervenções que distam da precificação se mostram

³⁴ Em: <http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanhe-planalto/noticias/2018/05/temer-anuncia-novo-acordo-para-acabar-com-paralisacao-de-caminhoneiros>. Acesso em 02 de agosto de 2018.

como medidas mais eficazes ao seu combate, optou-se por ceder às reivindicações e pressões por uma regulação rígida e inapta ao que se persegue.

1.3.5 Implementação

Chega-se ao momento de implementação da política pública quando toda a discussão e processo de elaboração com tomada de decisão são convertidos em ação, ou melhor, em execução. É uma fase político-administrativa que entrega uma solução a um problema. É constituída pelo planejamento realizado pelo corpo administrativo, envolvendo agentes atores políticos e não políticos, burocratas, demais implementadores, recursos materiais, financeiros e orçamentários, tecnológicos, necessário a esta etapa de execução. (HOWLETT et als).

É nesta fase que os recursos humanos envolvidos precisam estar aptos a seguirem ordenação de líderes, mas, mais que isto, compreender os contratempos, empecilhos ou restrições técnicas, legais, administrativas, econômicas, organizacionais que podem ocorrer durante a execução da política pública.

Tendo esta pesquisa de cunho acadêmico uma inclinação principalmente para juridicidade, é importante chamar atenção que a implementação é a fase que a política sofre mais risco de judicialização. E não foi diferente com a política de frete, que, por meio de seus reflexos sobre a ordem econômica, após a implementação legal, foi judicializada nos cinco tribunais regionais federais do país e contou com ações diretas de inconstitucionalidades³⁵ junto ao Supremo, onde se requer a declaração de inconstitucionalidade da MP 832/2018, conseqüentemente da Lei 13.703/18 e da Resolução nº 5820, de 30 de maio de 2018, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), por afronta aos princípios constitucionais da livre iniciativa, da valorização do trabalho e dignidade da pessoa humana. Uma foi ajuizada pela Associação do Transporte Rodoviário de Cargas do Brasil e a outra pela Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil.

Neste contexto, a Medida Provisória nº 832/2018, de 27 de maio de 2018, instituiu a Política de Preços Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas, ao passo que a resolução/ ANTT 5820/2018, atendendo ao disposto no art.5º da MP 832/2018

³⁵ Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5956, ajuizada pela Associação do Transporte Rodoviário de Carga do Brasil (ATR Brasil), ADI 5959 da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA e ADI 5964 ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria – CNI.

(convolada na Lei 13.703/18), estabeleceu a metodologia e contemplou a tabela com preços mínimos vinculantes, referentes ao quilômetro rodado na realização de fretes, por eixo carregado, instituído pela PNPM-TRC.

Conforme estabeleceu a novel legislação, a Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas teve como finalidade a promoção de condições mínimas para a realização de fretes no território nacional, de forma a proporcionar adequada retribuição ao serviço prestado, devendo o transporte rodoviário de cargas, em âmbito nacional, ter seu frete remunerado em patamar igual ou superior aos pisos mínimos de frete fixados com base nas regras legais.

Neste contexto, estabeleceu a Lei 13.703/18, em proteção aos frentistas, que os pisos mínimos de frete terão que refletir os custos operacionais totais do transporte, definidos e divulgados nos termos de regulamentação da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), com priorização dos custos referentes ao óleo diesel e aos pedágios, sendo vedada a celebração de qualquer acordo ou convenção, individual ou coletivamente, ou mesmo por qualquer entidade ou representação de qualquer natureza, em condições que representem a prática de fretes em valores inferiores aos pisos mínimos estabelecidos na norma.

Para tanto, por disposição legal, coube à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT publicar norma com os pisos mínimos referentes ao quilômetro rodado na realização de fretes, por eixo carregado, consideradas as distâncias e as especificidades das cargas, bem como planilha de cálculos utilizada para a obtenção dos respectivos pisos mínimos, para a execução da Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas.

A Resolução DG/ANTT/MTPA 5820/2018, por sua vez, estabeleceu a metodologia e publicou a tabela com preços mínimos vinculantes, referentes ao quilômetro rodado na realização de fretes, por eixo carregado, instituído pela Política de Preços Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas.

O site da ANTT traz as principais etapas de implementação da regulação da política nacional de pisos mínimos do transporte rodoviários de carga³⁶, política essa multicêntrica, com possibilidade de participação dos interessados, a saber:

³⁶ Encontrado em 05.08.2019 NO http://www.antt.gov.br/cargas/arquivos_old/Tabelas_de_Precos_Minimos_do_Transporte_Rodoviario_de_Cargas.html

TABELA 4: ANTT - principais etapas de implementação da regulação da política nacional de pisos mínimos do transporte rodoviários de carga

AÇÃO	Previsão de término	Situação atual	Informações adicionais
Medidas Iniciais e Outros Atos Normativos			
Elaboração e Publicação da Resolução ANTT nº 5.820/2018	Junho/2018	Concluída	Resolução ANTT nº 5.820/2018
Elaboração e Publicação da Resolução ANTT nº 5.821/2018 (revogado pela Resolução ANTT nº 5.822/2018)	Junho/2018	Concluída	Resolução ANTT nº 5.821/2018
Tomada de Subsídios nº 009/2018	Agosto/2018	Concluída	Tomada de Subsídios nº 009/2018
Inclusão dos temas na Agenda Regulatória	Agosto/2018	Concluída	Deliberação ANTT nº 798/2018
Regulação da Notificação de Contratantes, Subcontratantes e Transportadores pelo descumprimento do Piso Mínimo	Setembro/2018	Concluída	Resolução ANTT nº 5.828/2018
Alteração do Anexo II da Resolução ANTT nº 5.820/2018, em razão do disposto no §3º do art. 5º da Lei nº 13.703/2018	Setembro/2018	Concluída	Resolução ANTT nº 5.827/2018
Alteração do Anexo II da Resolução ANTT nº 5.820/2018, em razão do disposto no §3º do art. 5º da Lei nº 13.703/2018	Novembro/2018	Concluída	Resolução ANTT nº 5.835/2018
Elaboração e Publicação de Resolução com reajustes dos valores vigentes pelo IPCA	Janeiro/2019	Concluída	Resolução ANTT nº 5.839/2019
Estabelecimento das medidas administrativas, coercitivas e punitivas necessárias ao cumprimento do dispositivo na Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas			
a) Estudos e elaboração da minuta de Resolução	Setembro/2018	Concluída	Audiência Pública nº 012/2018
b) Processo de Participação e Controle Social	Outubro/2018	Concluída	
c) Análise das Contribuições	Outubro/2018	Concluída	
d) Análise jurídica e institucional	Novembro/2018	Concluída	Resolução ANTT nº 5.833/2018
Revisão da regulação da Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas			
a) Elaboração dos documentos técnicos para contratação de empresa especializada de apoio	Agosto/2018		Concluída ¹
b) Tramitação Administrativa do processo de contratação	Janeiro/2019		Concluída
c) Estudos e elaboração da minuta de Resolução	Março/2019		Concluída
d) Processo de Participação e Controle Social	Maio/2019 ²	Em breve	
e) Publicação de Novo Normativo	Julho/2019		

¹ Após a definição do texto final da Política Nacional de Pisos Mínimos ocorrida com a conversão da Medida Provisória nº 832/2018 na Lei nº 13.703, no dia 08 de agosto de 2018.

² Foram realizadas reuniões técnicas com os agentes do mercado nos dias 04,05 e 06 de fevereiro de 2019 e a Audiência Pública terá início em 09/04/2019.

Verifica-se, deste quadro de etapas de implantação regulatória da política de preços mínimos, a necessidade de estudos de institutos econômicos, próprios de estudo da Análise Econômica do Direito – AED, a que se dedicará o segundo capítulo. Importante saber que a AED não só influencia na elaboração da norma jurídica regulatória, como principalmente nas decisões jurídicas.

No que diz respeito à norma regulatória implementada, essa medida foi imediatamente questionada perante o Supremo – ADI 5.956, ADI 5.959 e ADI 5.964, todas sob a relatoria do ministro Luiz Fux. Nas ADIs interpostas no Supremo Tribunal Federal, onde se argui a inconstitucionalidade dos atos normativos de regulação do preço mínimo de frete, há arguição de ofensa aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da concorrência, contidos nos arts. 1, IV e 170 da Constituição Federal.

A judicialização da política pública de frete junto ao Supremo será enfrentada no último capítulo, portanto dar-se-á sequência aos dois modelos de implementação de políticas públicas: top-down e bottom-up. (SABATIER, 1986)

No modelo top-down há separação entre o primeiro momento cujo foco é elaboração e decisão da política pública pelos políticos e o segundo é a execução pelos agentes administrativos burocratas. O momento central está na formulação, ignorado a implementação. (MATLAND, 1995 p. 145-174)³⁷

Os defensores da visão top-down enfocam, em suas análises, a decisão dos formuladores e, assim, tentam estruturar um processo de implementação que atinja os objetivos da legislação e minimize os pontos de veto (WINTER, 2007, p. 135-136)³⁸. Para os seus autores, na implementação, as ações dos implementadores e do público-alvo da política coincidem com os objetivos do decisor (ibidem, 1995).

No modelo bottom-up, o processo de modelagem é contínuo na fase de implementação, no sentido de se poder reconstruir a política pública a partir de

³⁷ MATLAND, R. E. Synthesizing the implementation literature: the ambiguity-conflict model of policy implementation. *Journal of Public Administration Research and Theory*, vol. 5, n° 2, 1995, p. 145-174.

³⁸ WINTER, S. C. Implementation Perspectives: Status and Reconsideration. In: PETERS, B. G. & PIERRE, J. *The Handbook of Public Administration*. London: Sage, 2007, p. 131-141.

impactos gerados. As fases da formação de agenda, da implementação e da avaliação de políticas são vistas como interdependentes. (SABATIER, 1986)

Não se tem uma obediência rígida às prescrições, sugerindo que no modelo bottom-up a implementação é avaliada pelos resultados alcançados mais para frente, já que não há definitividade no modelo formatado pela tomada de decisão, as revés, aos burocratas e à rede de atores envolvidos cabe a remodelação da implementação diante dos improváveis problemas frutos da dinâmica social.

É o que se tem no caso da política de precificação frete, onde o ajuste da norma regulatória da ANTT (falhas identificadas na elaboração de soluções) tem sido discutido e realizado à exaustão, a fim de se chegar a um equilíbrio regulatório que atenda não somente os caminhoneiros autônomos, mas as empresas contratantes, associação, agronegócio e demais participante da rede de atores, gerando mais dissabores econômicos, que ganhos, como se verá da avaliação, todavia a decisão de elaboração e decisão da política pública pelo Poder Executivo, por lei, - e o segundo com execução pelos agentes administrativos burocratas da ANTT - remete ao modelo top-down.

1.3.6 Avaliação

A fase de avaliação da política é o momento de verificar os resultados das políticas implementadas durante o curso da implementação, e ainda traçando um comparativo entre o momento anterior e posterior à implementação da política, através de critérios e padrões avaliativos para saber como a política se comporta em seu curso. Essa avaliação será realizada ao longo do trabalho.

É natural quando se avalia uma política pública, o avaliador, ao lado de critérios técnicos, tenha critérios valorativos que dão base à sua decisão. Os critérios dão ao avaliador parâmetro para jugar o funcionamento da política pública antes durante e depois.

A doutrina aponta inúmeros critérios, mas, em especial à PNPM-TRC, deve-se utilizar dos critérios econômicos³⁹ - já que se trata de uma política que tem em seu bojo a intervenção excepcional na ordem econômica-, critérios de eficiência

³⁹ Esses critérios são amplamente analisados no capítulo II, na parte referente à análise econômica do direito.

administrativa e, principalmente, critérios de ordem jurídica-constitucional, já que uma norma jurídica declarada inconstitucional é nula desde seu nascedouro.

Diante de tais critérios, inevitável a averiguação de análise de eficiência no decorrer do percurso de sua implementação, além de eficácia no alcance das metas.

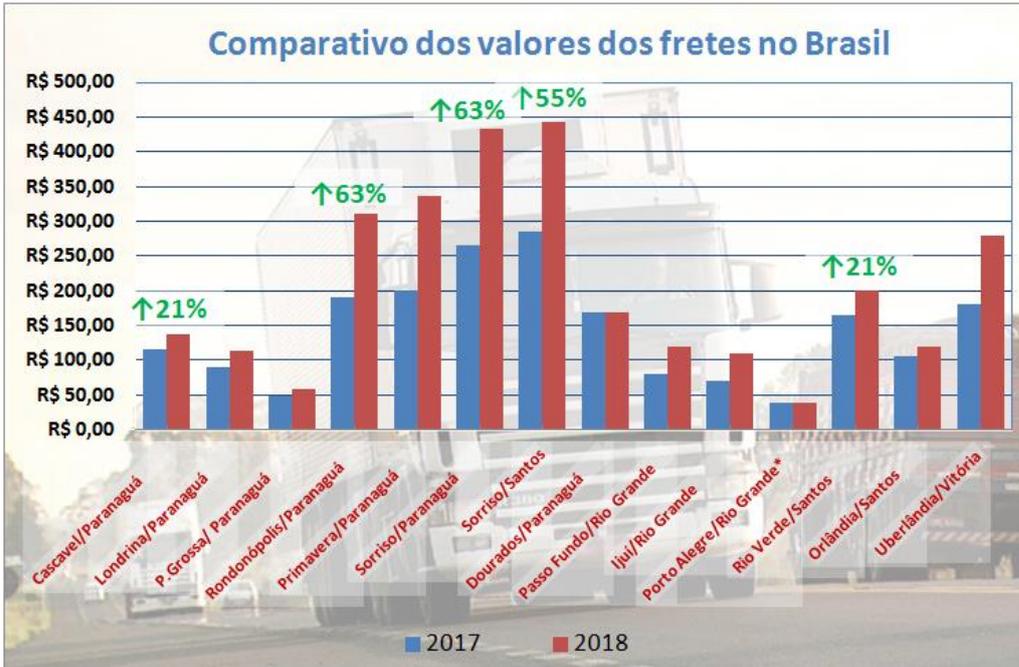
No caso, a meta nuclear de intervir no mercado para superar a falha alegada por inúmeros atores interessados na política pública de precificação, principalmente quanto à retribuição e exploração labor daqueles que se sentem impactados pela norma; e, por fim, equidade, no sentido de distribuição dos benefícios de forma justa entre os destinatários, os caminhoneiros, às empresas, aos consumidores e demais atores, de forma que o preço mínimo do frete estabelecido não seja tão alto a ponto de pesar as empresas contratadas ou tão baixo a ponto de a norma ser ineficaz ao que se propõe e causar desequilíbrio no mercado.

Já em 07 de junho de 2018, o Canal Rural⁴⁰ publicou notícia com a chamada “Valores dos fretes da soja disparam e encarecem até 177% no Brasil, diz CNA” acerca dos aumentos trazidos no frete após PNPM.

Neste contexto de mudanças nos valores dos fretes realizado em todo transporte de carga no território nacional, destaca-se para comparação a tabela 5, que demonstra as alterações ocorridas nos anos de 2017 e 2018, mediante disponibilidade do canal Rural, em 2019.

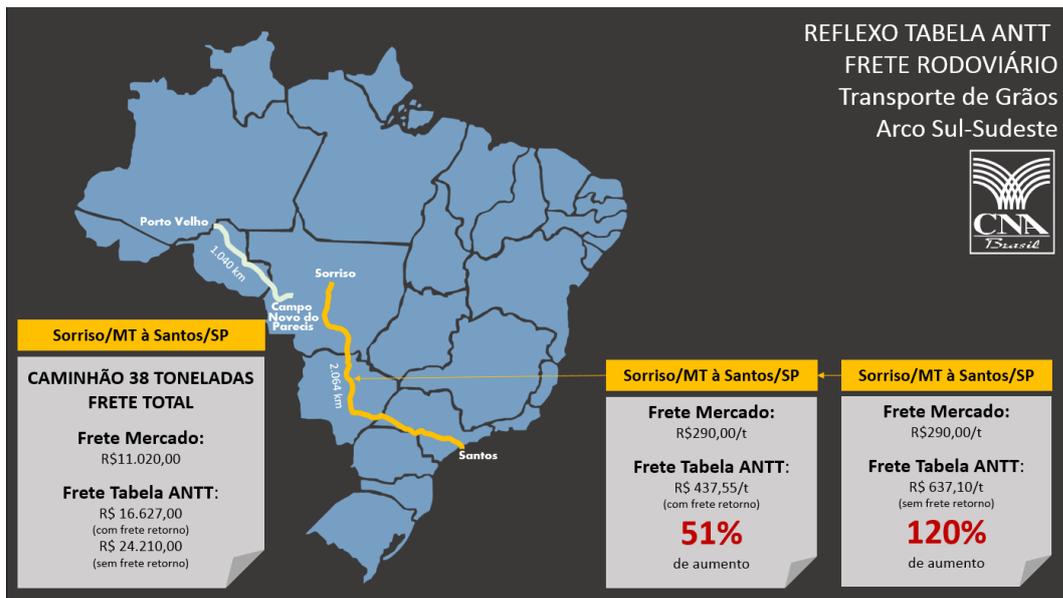
TABELA 5: Comparação – Valores dos Fretes (Brasil)

⁴⁰ Disponível em <https://www.canalrural.com.br/sites-e-especiais/projeto-soja-brasil/valores-dos-fretes-da-soja-disparam-e-encarecem-ate-177-no-brasil-diz-cna/>. Acesso em 23 de agosto de 2018.



Fonte: Canal Rural⁴¹, acesso em 15 de setembro de 2019.

TABELA 6: ANTT – Frete Rodoviário



Fonte: Canal Rural⁴², acesso em 15 de setembro de 2019.

Segundo as tabelas 5 e 6, quem pretende levar soja, por exemplo, de Sorriso-MT até Santos-SP, teve impacto de aumento de mais de cinquenta por cento

⁴¹ Encontrado em <https://www.canalrural.com.br/sites-e-especiais/projeto-soja-brasil/valores-dos-fretes-da-soja-disparam-e-encarecem-ate-177-no-brasil-diz-cna/>

⁴² Encontrado em <https://www.canalrural.com.br/sites-e-especiais/projeto-soja-brasil/valores-dos-fretes-da-soja-disparam-e-encarecem-ate-177-no-brasil-diz-cna/>

após implantação da tabela em 2018, isso sem contar com o retorno, cujo aumento chega a mais de cem por cento, mesmo após, em maio de 2018, o Diesel ter sofrido uma baixa de início. Além disso, os prejuízos se contabilizam ainda maior quando, após um ano de implementação da PNPM-TRC, ter havido cinco aumentos consecutivo, até maio de 2019⁴³.

Por sua vez, o frete aumentando traz como consequência natural tanto o aumento no preço do produto que chega ao consumidor final, como também - visando à redução de custos - a adoção de frete próprio por empresas de grande porte, diminuindo o número de serviço dos transportadores autônomos de carga. Ou seja, há uma falsa percepção de ganho dos transportadores autônomos.

Ainda, no que tange às avaliações de políticas públicas, algumas dificuldades podem ser encontradas nos processos. Sabatier e Jenkins-Smith (1993) acrescentam que uma política pública precisa de um tempo de maturação de aproximadamente 10 anos. (AGUM ET AL, 2015, p.31), e mesmo assim as informações das avaliações podem ser deturpadas, manipuladas, inclusive para serem utilizadas em eleições por políticos ou, simplesmente, no curso de um mandato, para ganhar simpatia junto à opinião pública. Esses são alguns desafios que merecem uma atenção à fase de avaliação, mas especialmente aos avaliadores.

Por isso importante uma análise jurídico-econômica para se averiguar a necessidade intervenção no mercado, tornando compulsório os valores mínimos calculados pelo governo para contratação de frete rodoviário de carga, além de verificar a constitucionalidade da medida.

1.3.7 Extinção

Por último, a fase de extinção da política pública, nem sempre vem ocorrer. Giulian (2005) apud Secchi (2016) aponta três causas para uma possível extinção da política pública: o problema que deu origem à política foi resolvido; os programas, as leis ou as ações que implementaram a política se mostram ineficazes; ou o problema, por algum motivo, perdeu importância (SECCHI, 2016, p. 67).

Uma outra forma de extinção é realizada pelo judiciário, com a declaração de inconstitucionalidade da lei que implementa a política pública, sem que isso tenha como consequência o fim do problema público.

⁴³ Encontrado em <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/10/04/precos-medios-da-gasolina-e-do-diesel-nos-postos-tem-nova-alta-semanal-diz-anp.ghtml>

No caso, como se trata de uma política de natureza regulatória, a falha no mercado deve ser a principal causa de sua implementação e manutenção, todavia também a principal causa de sua extinção, já que se não houver falha não há razão para retirar do mercado sua capacidade de formular preços.

A PNPM do TRC foi uma política regulatória, segundo a tipologia de Lowi, instituída em um ambiente de crise, às pressas, em virtude de um aumento expressivo da frota de caminhão, queda do PIB, muito sentida a partir de 2018, e aumento do óleo diesel, estopim da paralisação dos caminhoneiros em maio de 2018.

Neste contexto, conquanto tenha sido uma política multicêntrica, levou, no momento inicial, ao aumento do frete, com natural implicação no preço final do produto, já que nestes casos, comumente, políticas distributivas e redistributivas, concessórias de benefícios (fomento e incentivos) concentrados à categoria dos caminhoneiros autônomos se mostrariam muito mais efetivas e menos danosas.

Assim, seja sob o ponto de vista da análise econômica do direito – ausência de eficiência econômica -, seja sob o ponto de vista da inconstitucionalidade – afronta à livre iniciativa e livre concorrência -, a escolha por uma política regulatória não se mostra como uma decisão racional, após um ano de sua implementação, gerando, inclusive, a manutenção de conflitos entre transportadores autônomos e empresas de carga, sendo que para aqueles ficou uma falsa percepção de ganho econômico.

Acerca da inconstitucionalidade, embora a ABCAM tenha assinado com outras nove associações o acordo com o governo a fim de cessar a paralisação e determinar o fim da crise de abastecimento, há no Supremo tramitando três Ações Diretas de Inconstitucionalidades – ADIs. Uma, a ADI's: 5.956 (ATRC); outra, a ADI 5.959 (CNA); e, por fim, a ADI 5.964 (CNI), todas sob a relatoria do ministro Luiz Fux, gerando insegurança jurídica para os beneficiários da política pública.

E a sensação que se tem é que houve uma transferência para o poder judiciário da análise da implementação da política pública, diante da dessa judicialização, que, inclusive, poderá levar à extinção da política regulatória, se a PNPM-TRC for julgada inconstitucional.

CAPÍTULO II - A ANÁLISE ECONÔMICA O DIREITO (AED)

Não é novidade que o direito nasce da convivência do homem em sociedade. A unicidade pessoal não fundamenta a existência de regras de convivência, ao revés, a convivência em grupo sem regras mínima de convívio é que desemborça em fator desordem. Em termos de ganho de efetividade de convivência com demandas sociais, é necessário que o direito converse com outros saberes, beba de outras fontes científicas para que, do seu nascimento à aplicação, possamos entender o que efetivamente acontece no mundo dos fatos sem nos afastarmos do conteúdo axiológico que outras ciências têm a oferecer ao direito e vice-versa.

A análise de conteúdo jurídico a partir de outras ciências como, por exemplo, filosofia, sociologia, administração, biologia, ciências políticas e, inclusive, economia, que é tema de estudo desse capítulo, é fundamental para que o direito possa se recriar a partir de novas demandas. Isso não significa que se consiga junto à economia toda e qualquer solução pronta e acabada para os problemas do direito, já que o direito preserva seu espaço, conquanto se utilize de conceitos e valores de outras áreas, sendo a economia tão somente uma delas.

O núcleo do tema de estudo proposto, o tabelamento do frete de cargas no Brasil, entrelaça direito, economia e política, no problema central de que o estabelecimento político regulatório não se precaveu de institutos econômicos para criação e implantação de política pública de frete rodoviário, decorrente da Lei nº 13.703/2018.

Portanto é necessário que se debruce em conceitos e modelos econômicos, do nascedouro à aplicação da política pública regulatória de preços mínimos de frete, já que também é papel da economia analisar o direito no sentido de torná-lo mais efetivo. E fazê-lo é se utilizar do que se chama de Análise Econômica do Direito -AED.

A AED ganhou intensa discussão notoriedade ao defender que, colocar em prática critérios econômicos às relações sociais, busca estimular a troca racional e eficiente de mercado, sem preocupação com distributividade. (POSNER, 2008, p. 34 - 37).

No Brasil, quando se coletam artigos científicos sobre a AED, e ao longo desse trabalho muitos deles serão citados, nota-se que seu estudo se dá mais direcionado ao campo do Poder Judiciário, o aplicador e intérprete da lei. Não por

outro motivo, mas pela facilidade de se enxergar a aplicação do raciocínio econômico às decisões judiciais (DEL MASSO, 2012, p. 238).

No entanto, dada a amplitude da AED, adotamos seu espectro mais amplo para analisar o direito, desde a sua produção pelo legislativo (nascido da PNPM-TRC), em exercício de função típica, passando pela execução no Poder Executivo, até sua aplicação no judiciário, sob o ponto de vista da economia, isso porque política pública de frete mínimo, objeto deste trabalho, nasce a partir de um problema econômico cuja tentativa de exterminá-lo nasce da produção normativa regulatória, posteriormente questionada no Supremo.

No que diz respeito à aplicação de conceitos e métodos econômicos ao direito, estes têm seu lugar de importância na ampliação da compreensão norma e das decisões jurídicas, sobretudo no que tange a seus axiomas e efeitos práticos.

A lógica da teoria econômica de evitar o desperdício de recursos e de maximizar a riqueza na sociedade deve pautar a interpretação do ordenamento jurídico e aplicação da lei. A AED, portanto, não se olvida de que o resultado da atividade econômica tem dependência à forma como as regras são desenhadas.

O desenho das regras tem seu papel crucial no resultado econômico, por isso, para AED, o ordenamento jurídico não está descolado do desenvolvimento econômico, todavia intrínseco a ele.

Vislumbrar a arquitetura normativa é descortinar os resultados que ela corporifica economicamente, é pensar que, sob perspectiva prescritiva, a alteração de normas bem pode ser geradora de novos panoramas econômicos. Todavia, sob o enfoque normativo, não se pode confundir a AED com o direito econômico, já que aquela é bem mais ampla e, por sua vez, repercute inclusive neste ramo do direito, mas não somente nele. (Vizeu, 2019, pag. 4)

Por isso, juristas não devem olhar para AED como resolútor de problemas jurídicos, mas como um horizonte de complementariedade, sem que isso signifique a substituição do direito pela economia ou que referenciais de eficiência econômica seja substituto à ideia de justiça⁴⁴. A AED ensina que a economia, enquanto ciência que visa a um mercado equilibrado e maximizador de riquezas, para além disso, traz conceitos, metodologias e valores próprios capazes de enriquecer tanto o agente normatizador quanto o intérprete e aplicador da lei.

⁴⁴ Neste sentido: STIGLER, George. "Law or Economics?". *The Journal of Law and Economics*, v. 35, n. 2

A partir desse contexto de relação entre direito e economia proposta pela AED, é que Gico Junior (2010, p. 926) conceitua a AED como “aplicação de instrumento analítico e empírico da Economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se compreender, explicar e prever as implicações fáticas, bem como a lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico.”

A AED examina as leis, instrumentos legais e políticas públicas a partir da teoria econômica (GICO JUNIOR, 2010; COOTER; ULEN, 2010; POSNER, 2008) e tem impacto para a avaliação de propostas legislativas, políticas públicas e para o direito como um todo.

É que ser indiferente à análise econômica na arquitetura da norma jurídica pode causar resultados econômicos inesperados, bem como políticas públicas que sequer compreendem o comportamento dos agentes, como se percebe da PNPM-TRC.

A AED, enquanto método de estudo de problemas jurídicos, deve ser tratada sem apriorismo ideológico, distante de movimentos de pressão, se orientando para análise dos comportamentos à luz dos incentivos.

No contexto normativo de criação de políticas públicas com efeitos econômicos, como aconteceu no caso do tabelamento, é essencial que a arquitetura normativa tenha em sua última *ratio* não a previsão econômica, mas de previsibilidade, sob pena de se tornar uma norma ineficaz, vazia e, inserida à metodologia da AED como ineficiente.

É que a AED procura atender à racionalidade econômica seja pelo olhar ordenamento existente e se os incentivos são geradores de efeitos a partir de uma função normativa, seja por verificar que a partir de uma determinada arquitetura normativa os incentivos são ineficazes ao bem-estar social, portanto aptos a se perquirir a necessidade de propor novas funções normativas.

Todavia, como a PNPM-TRC foi criada dentro de um contexto de crise, não se ateuve à racionalidade das escolhas porque - ao incidir na livre formação de preços do mercado de transporte rodoviário de frete – teve como consequência o aumento de preço do frete e, posterior diminuição da demanda. Além disso, houve um aumento na adoção de frota própria por grandes produtores, bem como um deslocamento de renda entre transportadores autônomos de Carga - TAC para Empresas de Transporte de Carga – ETC, pelo fato de estas possuírem grande frota e capacidade de atendimento de demandas conjugadas.

2.1 A AED: conceitos econômicos

A Análise Econômica do Direito teve seus estudos ainda muito iniciais na Escola de Chicago entre a década de 1940 a 1950, com forte atuação de Aaron Director (MCKAAY, 200, p.72), com a intenção de aplicar conceitos econômicos ao direito, primeiramente mais direcionado ao direito empresarial.

Em 1958, foi publicada a revista *Journal of Law and Economics*, porém, é a partir de Ronald Coase, economista da escola de Chicago, com a publicação do artigo “The Problem of Social Cost” e Guido Calabresi⁴⁵, da Escola de Yale, com o artigo “Distribution and the Law of Torts” que se dissemina a concepção do que chamamos de escola moderna da AED, inovada pela tônica dos custos (POSNER, 2008, p. 34.).

O Problema do Custo Social⁴⁶, de Coase, é a pedra de toque da AED, pois é a partir dela que se percebe uma visão mais individual da economia justificada pelo direito de propriedade. Explica Coase que os indivíduos são racionais, portanto, as transações realizadas alocam o direito de propriedade de forma eficiente (COUTINHO, 2014, p. 32).

Nesta perspectiva de Coase, onde mercado que se autodetermina, as produções de mercado acontecem à medida da necessidade social, dispensando-se a intervenção estatal; o papel do governo seria restrito a definir os direitos limites de propriedade, além de reduzir os custos de transação. (SAVEG, 2010, p. 10)

Na Escola de Yale, temos um outro impulso da AED com publicação da obra de Guido Calabresi, a *The cost of acidentes*, que em tradução livre significa o custo dos acidentes, tendo por o objetivo de compreender a importância do direito para reduzir acidentes (TEIXEIRA ET AL, 2014, p.194).

Primeiramente, os estudos de Guido Calabresi ligam a AED à responsabilidade civil. Na parte de eficiência e justiça, Calabresi traz uma perspectiva ampla sobre a decisão e pública e política pública. (ALVAREZ, 2006, p.52)

Calabresi (1985, p. 27) utiliza o exemplo da construção da do túnel de Mont Blanc, entre França e Suíça, para ponderar o perigo à vida humana, que uma construção dessa magnitude é capaz de gerar, e os ganhos sociais da construção.

⁴⁵ Publicou o artigo que estudavam o *torts* e responsabilidade civil

⁴⁶ Em tradução livre para o Português

Um decisor público ao tomar a decisão tem uma série de juízo de valor que tem que realizar e a eficiência não é o único. Então, Calabresi chega à conclusão de que nem tudo que eficiente é, por sua vez, justo. Por mais que o direito à vida tenha um valor incalculável, a política pública não poderia ser sacrificada nem virtude de tal valor, quando se quer perseguir, por exemplo, um desenvolvimento, alcançado com critérios de ponderação. (Calabresi, 1985, pp. 27/28)

É o mesmo que dizer que ninguém deixa de andar de avião porque é perigoso ou deixa de trabalhar com transporte de frete porque o número de morte em estrada possui índice alto. Supostamente, sacrificam-se valores – neste caso, o maior que temos, a vida humana – em virtude da eficácia, justamente pelo ganho de custo estratosférico, quando realizado o juízo de ponderação. Lado outro, não se pode reduzir a ideia de justiça à eficiência, isto é, decisões públicas que sopesem vida humana e custos não devem ser apenas monetárias, devendo ser complementada com uma dimensão valorativa. Tudo dependerá da análise de sopesamento que é realizada em cada situação

O teorema de Coase, por sua vez, exposto em um artigo “o problema do custo social” em 1960, é o ponto de partida para a discussão das relações de troca compensadas pelos agentes econômicos e não somente pelo governo. Coase expande as ideias de que - como os indivíduos racionais – as trocas privadas alocam direito de propriedade de maneira eficiente, independentemente de como o direito, que normatiza a propriedade, distribuiu inicialmente. (COUTINHO, 2014, p. 32-37)

O Teorema se subsidia em dois principais pressupostos: i) alocação eficiente de direito de propriedade, que para economia tem um conceito amplo ligado à existência de titularidade sobre o uso de determinado bem; e ii) baixo custo de transação⁴⁷ ou custo praticamente inexistente, gerador da melhor solução ou a mais eficiente na negociação de mercado. Quando ambos os requisitos são implementados, não é preciso o estado intervir para se chegar ao nível máximo de eficiência. (Ibidem, pág. 32/34)

Antes de Coase, Arthur Pigou, expoente da escola de Cambridge, estudou o problema dos custos pela ótica das externalidades. Pigou acreditava que para efeitos de compensação, ou como dizem os economistas, internalização, fazia-se necessária a intervenção estatal, com aplicação de taxas. A título de exemplo, a

⁴⁷ Todos os custos associados à troca: desde a elaboração e negociação do contrato, passando pela fiscalização até a organização das atividades.

poluição dentro do contexto econômico, ocorre quando o mercado falha, pois se produz às custas de problemas sociais, com danos difusos à sociedade. Não há como se negar que o agente de mercado poluente passa a ter um ganho individual, todavia infinitamente inferior ao desastre social. (Ibidem, pág. 33)

De acordo com a teoria Pigou, há necessidade de intervenção estatal justamente porque o mercado mostrou-se falho diante da externalidade produzida. Neste caso, a solução encontrada por Pigou é a sanção, similar à ideia do princípio ambiental poluidor pagador. (NASSAR, 2017 p.22-26)

Dentro dessa lógica de taxação às externalidades negativas, existe um problema de ponderação da medida exata da sanção, pois se a taxa imposta ao poluidor foi demasiadamente baixa, deixa de funcionar como incentivo para diminuir a poluição. Ao revés se a sanção for imposta além do razoável, pode ser um incentivo para que as empresas deixem ou sequer entrem no mercado, interferindo na questão da concorrência. O problema da solução de A. Pigou é definir aquilo que seria uma taxa ideal. (Ibidem, 2017)

Na lógica econômica, a sanção é inserida como custo de produção, devendo ser internalizada por quem produziu a externalidade. Conseqüentemente, haverá interferência na elevação do preço e diminuição da demanda, com necessidade de se corrigir o que se denomina de sobreprodução.

A crítica de Coase parte da premissa de que se alguém produziu um custo - a exemplo da poluição de um rio que é utilizado para pesca – e esse custo é taxado pelo Estado, ambos os agentes suportarão o custo social: os que usam do Rio para pesca e os que foram taxados pelo Estado. Por isso Coase sugere a inexistência ou baixa do custo social, quando os agentes são cooperativos, para que não tenha a necessidade de intervenção estatal. (COUTINHO, 2014, p. 34).

Para Coase, o Estado deve provar os efeitos positivos da intervenção no mercado por meio da análise de custos e resultados de suas ações. (Coase, 1960, p.7-23).

O teorema de Coase tem um papel importante na Regulação e na AED, pois se permite discutir que em determinados momentos a ação do governo não necessariamente se traduzirá num melhor resultado que aquele que alcançaria o mercado:

Não surpreende que a conclusão de Coase tenha afetado, de maneira geral, o modo como se concebe a ação do Estado e do direito no âmbito da vida econômica. De maneira específica, acarretou impacto no debate a respeito da necessidade de regulação dos mercados. (COUTINHO, 2014, p. 35)

Neste arcabouço teórico, autores neoclássicos passaram a defender a eficiência do mercado como contraponto à ação reguladora estatal, já que a regulação nem sempre é eficiente, pode ser custosa para o Estado e, ainda, tende a ser capturada por interesses privados.

A sério, Coase parece ignorar alguns aspectos relevantes na negociação: o poder negocial de uns é maior que de outros; na análise de mercado deve-se estar atento a comportamentos estratégicos, anticoncorrenciais, a exemplo de vários negociantes se unirem; ainda, é praticamente nula a chance de uma negociação chegar a custo zero ou de transação inexistente.

Todavia a perspectiva de Coase vai mudar a forma de olhar para estes problemas de afetação do bem-estar. Faz repensar a teoria econômica do bem-estar. Aquilo que está em causa em Coase não é exterminar as externalidades, mas determinar o nível ótimo de externalidade. As questões de bem-estar podem ser resolvidas de forma consensual. Há solução privada, e não apenas pública, que passe pela intervenção do Estado, porque Coase acredita no funcionamento do mercado de forma mais eficiente para se chegar a soluções do que a intervenção estatal.

Sobre as contribuições de Coase:

Na perspectiva proposta por Coase, as leis atuam sobre a atividade econômica, por intermédio da política econômica, desempenhando quatro funções básicas: protegem os direitos de propriedade privados; estabelecem as regras para a negociação e a alienação desses direitos, entre agentes privados e entre eles e o Estado; definem as regras de acesso e de saída dos mercados; promovem a competição; e regulam tanto a estrutura industrial como a conduta das empresas nos setores em que há monopólio ou baixa concorrência. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 11/12)

Mais à frente, na década de 70, o expoente jurista norte-americano, também da Escola de Chicago, Richard Posner, publicou obra *Economic Analysis of Law*, em 1972. A AED ganhou intensa discussão notoriedade ao defender que, colocar em prática critérios econômicos às relações sociais, busca estimular a troca racional e eficiente de mercado, sem preocupação com distributividade. (POSNER, 2008, p. 34 a 37).

A experiência de Posner como juiz conjugada com a formação neoclássica econômica da Escola de Chicago fizeram com que o mesmo, a partir do arcabouço trazido por Coase, pretendesse demonstrar que o ordenamento jurídico norte americano tem suas regras sociais construídas e ajustadas a buscar resultados mais eficientes.

Na obra *Economic Analysis of Law*, olhando para o sistema jurídico do qual exercia a magistratura, o norte americano (Common Law), verificou que a adoção de um critério de eficiência advém dos valores da sociedade norte americana, que se pauta pela maximização da riqueza⁴⁸. Trata-se do critério normativo da AED cuja maximização de riqueza é critério para se verificar se atos ou instituições são justas.

Além da visão normativa, a AED é analisada sob um viés positivo, isto é, com a utilização da economia para explicar os fenômenos jurídicos possíveis, dentro de uma perspectiva racional de maior utilidade possível. (COUTINHO, 2014, p. 31)

Impulsionado pelos estudos de economia, Posner (2007) concluiu que os critérios de justiça são balizados pelos critérios de economia de eficiência. Dworkin⁴⁹, estabeleceu uma crítica com a publicação em 1980 no “Journal of Legal Studies”, cujo título era “Is Wealth a Value?” ou “É a Riqueza um Valor?” ao defender que o problema da Análise Econômica do Direito é o conceber a riqueza social como objetivo do sistema jurídico (FRAGA; VOLPATO, 2014, p. 110).

Sobre as críticas à maximização de riqueza como forma de justiça, importante trazer Thais Nunes de Arruda⁵⁰:

Posner está ciente de que sua defesa de que a maximização de riqueza se apresenta como norma atrativa para as escolhas sociais e políticas, como aquelas feitas pelos Tribunais em casos de negligência e responsabilidade civil para decidir se o réu deve ou não compensar a vítima, levantou essa enxurrada de críticas. Entretanto, seu objetivo não é converter ninguém à maximização de riqueza, mas persuadir a todos de que ela é razoável, embora não demonstravelmente ou universalmente correta. (ARRUDA, 2010, p.19)

Nos idos dos anos 90, os estudiosos incorporam a ideia de justiça não pode ser concebida somente a partir de conceitos econômicos estanques, como

⁴⁸ O sistema econômico norte-americano já incorporava a liberdade empresarial de iniciativa, bem como a livre contratação.

⁴⁹ Visto em BREVE ANÁLISE SOBRE O EMBATE ENTRE O INTERPRETATIVISMO DE RONALD DWORKIN E O PRAGMATISMO DE RICHARD POSNER NA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL, de Juliana Fraga e Laura Volpato, que realizaram um estudo completo sobre os pensamentos de Dworkin e Posner sobre a construção da decisão judicial

⁵⁰Encontrado em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1a5c761b6d071728>

racionalidade, sofrendo influência de inúmeros outros valores, como sociologia e até psicologia, com a finalidade de tornar mais próxima da sociedade de suas instituições.

POSNER (2007), portanto, por meio da publicação do *The Problems of Jurisprudence*⁵¹ incorporou algumas críticas a AED e reviu sua posição de vincular justiça com eficiência. (Macedo Júnior, 2010, pág. 17).

Extrai-se, dessa nova fase da AED, que a eficiência se trata de princípio e não critério valorativo puro de justiça. A justiça dispõe de inúmeros valores. E, se assim não fosse, a aplicar a eficiência como valor puro de justiça, podemos até admitir a escravidão, trabalhos forçados. Por esse critério de maximização de riqueza, jornadas excessivas para maximizar riqueza seria eficiente em termos econômicos. É deixar que postulados de direitos sociais e valores do trabalho deixem de ser aplicado com o único propósito de acréscimo de maximização, eficiência de produção e, por sua vez, falsa tradução de bem-estar.

A ponderação de valores ligados à condição humana, como a dignidade da pessoa humana, é razão inquestionável e eficiente para se trazer justiça ao cidadão e extirpar da sociedade condutas que parecem naturais à eficiência, mas que causam danos incalculáveis, a exemplo do trabalho escravo ou análogo à condição de escravização.

Com a visão pragmática adotada nessa nova fase de Posner, a eficiência, enquanto importante princípio jurídico, integra fundamento de justiça, a par de existir outros valores na aplicação do direito (SALAMA, 2009).

Dessa forma, uma análise de justiça é muito mais complexa do que a interligação entre direito e economia, através da AED. Aplicar somente critérios econômicos de eficiência e maximização, sem ponderar outros valores, é insuficiente como avaliação normativo-jurídica daquilo que é justiça, ainda mais porque há inúmeros aspectos axiológicos e temporais de uma sociedade que devem ser sopesados tanto pelo propositor quanto pelo intérprete da norma.

A AED procura substituir a ideia de direito ligado a uma justiça cega pelo direito realizador de justiça dotado de valores da eficiência. É necessário ponderar que a economia, ciência que se pauta por um determinado grau de exatidão, não se serve de substituta do direito. Eficiência, juntamente com outros critérios axiológicos, podem orientar o tomador de decisões, mas não é critério rígido de justiça.

⁵¹ No que tange às decisões judiciais, o tema é orientado por Posner em “A epistemologia do direito. Legitimidade na decisão judicial.” Cujo título original é “The problems of jurisprudence” (POSNER, 2007 p.167-201)

2.2 Racionalidade e imperfeições do mercado

Os estudiosos clássicos simplificaram o comportamento econômico na figura do *homo economicus* — aquele dotado de racionalidade perfeita⁵², com capacidade de reconhecer seu interesse pessoal, com precisão e inteligência para elaborar cálculos, na execução seu interesse⁵³. É o ser maximizador racional de utilidade⁵⁴, visando ao aumento de suas satisfações.

Vinculam-se à ideia de ordem natural⁵⁵, pressupondo a ideia de mão invisível do Estado, de Adam Smith, expoente filósofo, autor da obra Riqueza das Nações.

Disso decorre as primeiras compreensões acerca da racionalidade econômica, que leva a uma ideia de equilíbrio perfeito pelo qual os agentes de mercado agem racionalmente com a finalidade de maximizar seus ganhos.

Neste ideal de mercado perfeito, que se autorregula quando cada um age no mercado de forma racional de acordo com seu interesse individual, as ações dos agentes têm repercussão natural e automaticamente no interesse de toda coletividade. O ganho individual repercute no ganho coletivo.

Adam Smith não vê diferença entre indivíduos bons ou egoístas que atuam no mercado porque a conjunção de fatores naturais de um mercado livre é capaz de harmonizar interesses. Smith em *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth Of Nations* explica:

São notórias as grandes contribuições não só para a filosofia, mas para o desenvolvimento da economia, decorrente dos estudos de Adam Smith. É a partir de suas obras que se compreende a ideia central de defesa da liberdade econômica e de racionalidade perfeita, sem necessidade de intervenção regulatória estatal.

No entanto, nota-se que a ideia de que somos seres perfeitamente racionais é decorrente de um processo de abstração, dada a complexidade das questões da racionalidade.

⁵²Elucidativo é Ganem, A., em ‘Demonstrar a ordem racional do mercado: considerações em torno de um projeto impossível’, publicado in *Revista de Economia Política*, v16, n2(62)1996.

⁵³ Diva Benevides Pinho, em seu artigo *A RACIONALIDADE ECONÔMICA — ABORDAGEM HISTÓRICA*, explica a origem do *homo economicus*.

⁵⁴ Utilidade no sentido econômico está ligada à satisfação das necessidades humanas como característica ou qualidade que um bem econômico possui.

⁵⁵ SOROMENHO, 2000 ensina “no que tange à sua atividade material, os indivíduos relacionam-se enquanto possuidores de mercadorias e as relações econômicas assumem a forma de trocas. Os atos dos indivíduos resultam, então, numa série de consequências que não são designios da vontade humana.” (SOROMENHO, 2000, p. 192)

PINHO (1976), em seu artigo A RACIONALIDADE ECONÔMICA — ABORDAGEM HISTÓRICA, já ensinava que: “Os clássicos simplificaram o comportamento econômico na famosa figura do homo economicus — perfeitamente racional, capaz de reconhecer seu interesse pessoal com precisão e de elaborar complicados cálculos para efetiva-lo”.

POSNER (2007), em seu ideal de maximização de riqueza, perseguida pela sociedade norte-americana, interliga o conceito de economia como “the science of rational choice in a world – our world – in which resources are limited in relation to human wants”⁵⁶, com o de racionalidade econômica, assim por dizer “choosing the best means to the chooser’s ends”⁵⁷.

Todavia, a AED em sua fase inaugural de busca da escolha racional perfeita não passou isenta de crítica, como pode se notar na análise feita por Fernando Borges Mânica, no artigo denominado Racionalidade econômica e racionalidade jurídica na Constituição de 1988:

Nesse contexto, ganha corpo o movimento Law and Economics, que defende a adoção de modelos e critérios econômicos para a análise em interpretação do Direito. A crítica que se faz a tal movimento é a de que ele defende a substituição do ideal de justiça pelo ideal de eficiência alocativa, do abandono da racionalidade jurídica em prol da racionalidade econômica. (MÂNICA, 2008, p.123)

E arremata:

Entretanto, a relação ente direito e economia e a Análise Econômica do Direito merecem uma aproximação mais atenta, a fim de que não se promova a confusão de conceitos e idéias, a crítica pela crítica e o abandono de instrumental útil à análise e interpretação do direito, em especial em solo pátrio. (MÂNICA, 2008, p.124)

É verdade que as decisões humanas ocorrem muitas vezes dentro de um processo de raciocínio simplificado, a exemplo de pensar que o preço é diretamente proporcional à qualidade do produto. No entanto, são muitos os fatores que influenciam a decisão, dentre eles a análise comportamental⁵⁸ e análise da informação, que têm o papel de desconstruir esse conceito de racionalidade perfeita.

⁵⁶ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 4. ed. Boston and Toronto: Little, Brown and Company, 1992, p. 3

⁵⁷ POSNER, Richard. *Behavior Economics, and the Law*. 50 *Stanford L. Rev.*, 1998, p. 151

⁵⁸ Gico Júnior ensina que “*Já na AED comportamental, a teoria da racionalidade é complementada para incluir uma série de desvios comportamentais identificados em estudos psico-econômicos recentes (limitações cognitivas), como o efeito propriedade, viés passado, desconsideração sistemática de pequenas probabilidades, etc.*” Encontrado em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2662.pdf

Como a ideia clássica de racionalidade perfeita está mais para o campo da idealização, aos poucos teve que ser substituída pela racionalidade limitada, porque - além de o ser racional ser concretamente impossibilitado de ter acesso a todas as informações - não se condiz à condição humana a capacidade de processá-las em sua completude.

O problema é que, dentro de um contexto econômico comportamental, o agente não conhece e sequer tem possibilidade de analisar todas as alternativas. Por isso não chegará a uma racionalidade plena, mas limitada pela complexidade e volume de informações a que se tem acesso. Enquanto seres humanos manipuladores do mercado, somos limitados no processamento de informação, ainda que possamos ter tecnologia⁵⁹ à disposição. (Hofmann, 2011, pp. 262-282)⁶⁰.

Daí se extrai dois elementos de suma importância que limitam a racionalidade natural: o volume e complexidade de informações e o modelo de comportamento do agente econômico

Dentro do contexto comportamental econômico, importante demonstrar a influência dentro do tabelamento de frete de carga. No caso de procura por um frete mais barato, busca-se a maior volume informação possível. A primeira questão que se tem é de ordem comportamental, de como obter contato com todos os transportadores de carga. Mas hipoteticamente com essa informação na mão, a empresa fatalmente teve um gasto de tempo que é convolado em custo.

A informação econômica tem um custo de obtenção, um custo monetário. No exemplo relatado, fazer orçamento em todas as transportadoras traz um custo econômico que priva o buscador de outra atividade empresarial econômica no mesmo momento. A informação enquanto dado econômico implica custos.

Assim, por mais que se persiga uma racionalidade perfeita - propagada pela escola clássica, há fatores econômicos que repercutem de modo a tornar a racionalidade limitada, como propõe a escola moderna.

É tão mais útil economicamente um bem se mais uso possuir e mais satisfizer as necessidades humanas (Martínez, 1998, p 400-406).

⁵⁹ FABIO TAGNIN Economia da Informação, Custos de Transação e Produtividade: Um Ensaio Sobre os Retornos das Tecnologias de Informação, 2004, pág, 11-13. Encontrado em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9894/1200500173.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁶⁰ Encontrado em: <http://www.scielo.br/pdf/rep/v31n2/06.pdf>

Utilidade tem uma amplitude que vai além de valor monetário. Trata-se de arcabouço de benefício econômico gerador de bem-estar. É que quanto maior for a racionalidade econômica, maiores serão os benefícios e, por sua vez, a maximização de utilidade, com mais necessidades humanas satisfeitas. Isso quer dizer que escolhas racionais são geradoras de benefícios à medida que avaliam custo de oportunidade e o benefício de cada alternativa.

MILLER (1981, p.188) escreve que “o custo tem um significado muito especial em Economia, significa apenas uma coisa - o custo de oportunidade.”

BILAS (1980, p. 168) aduz que “o custo dos fatores para uma empresa é igual aos valores destes mesmos fatores em seus melhores usos alternativos. Esta é a doutrina dos custos alternativos ou de oportunidade, e é a que o economista aceita quando fala de custos de produção.”

Assim, não só é utilidade aquilo que se ganha de benefício de uma escolha, mas o custo de oportunidade. Optar por algo economicamente é uma alternativa que exclui outras. Esse preço da privação é também um custo econômico. Por isso, no preço do produto deve estar incluído todos os custos. Neste contexto, parece racional a escolha de algumas empresas pelo custo da própria frota para fazer seu frete. Todavia, não se pode perder de vista que um custo maior reflete no preço arcado pelo consumidor final.

Na teoria econômica, a racionalidade é afetada por instrumentos econômicos que nem sempre estão sobre o controle dos agentes, a exemplo de escassez, informação incompleta, externalidades, custos de transação e oportunidade, incentivos e utilidade, que podem levar o Estado, em caso de falhas de mercado, à regulação, todavia dentro de critérios legais e constitucionais.

2.3 AED e Eficiência Econômica

Em economia, a obtenção de resultados dentro do desejável com o mínimo de gastos com recursos é o objeto da ação eficiente. (Diogo R. Coutinho, p. 25, 2014).

A eficiência econômica se materializa pela maximização de trocas decorrente da interação entre os agentes de mercado, que tem por fim o bem-estar social (STIGLITZ; WALSH, 2003, p. 171).

Partindo dessa premissa, em economia quanto mais trocas livres forem realizadas, mais acréscimos de bem-estar. E ideal de eficiência - a consequência de uma troca livre - é a existência de uma soma positiva em que todos os agentes de mercado que dela participam, ganham⁶¹.

A noção de eficiência dentro de um referencial de AED moderno, não é determinar o ideal de eficiência, mas é determinar se as transformações ao longo do tempo representam melhorias, já que vivemos uma perspectiva dinâmica de mudanças.

Contextualizando para política pública, é possível analisar se ao longo do tempo os resultados das tomadas de decisões geraram uma melhoria, isto é, se houve promoção de eficiência sob ponto de vista econômico. É pensar que não chegaremos ao ponto máximo de eficiência, mas uma situação posterior ser melhor que a anterior.

Na dinâmica da maximização das trocas de mercado, o aumento de eficiência tem consequência no bem-estar social.

Ao longo do tempo foram diversas a abordagem dada à eficiência (Fábio Gabriel de Oliveira, 15/16 - A necessária comunicação entre o direito e a economia⁶²).

Não há como falar de eficiência sem fazer menção ao economista italiano Vilfredo de Pareto que criou a teoria econômica de eficiência, com o critério de Pareto-Ótimo, apontando como base três condições para que exista uma eficiência atrelada ao bem-estar: existência de concorrência perfeita, de informação completa e inexistência de externalidade. (Nordhaus, 2012, p. 146)

A eficiência de Pareto, para se chegar à condição do ótimo, *pressupõe “a eficiência das trocas, da produção e da composição do produto”*. (STIGLITZ; WALSH, 2003, p. 172).

No que tange à eficiência das trocas, estas só serão eficientes se todas as trocas possíveis forem realizadas, já que os bens estão nas mãos dos que lhes concedem o maior valor; já no quesito eficiência de produção, todos os fatores de produção devem ser utilizados, ou seja, todas as instalações e recursos de pessoal e financeiro devem ser úteis, para que não possa haver desperdícios, assim haverá uma

⁶¹ No ideal de eficiência econômica, somente há troca quando aqueles que realizam se sentem que estão em uma situação melhor que a anterior. Quanto maior o volume de troca, maior o volume de ganho de quem está no mercado.

⁶² Encontrado em: <https://facemp.edu.br/wp-content/uploads/2019/11/facemp.edu.br-revista-exlege-direito-facemp-2015.pdf#page=10>

maior produção de bens com o menor volume de custos⁶³; na questão composição do produto ou eficiência das preferências, os bens devem ser produzidos ao encontro das preferências do consumidor.

Existindo essas três condições, chega-se ao ponto máximo da eficiência em uma sociedade, o de Ótimo de Pareto, com alocação de recurso Pareto-ótima, apta a gerar uma situação melhor que a anterior. (COUTINHO,2014, p. 26)

Pela construção Pareteana, quando se alcança o Ótimo, ou seja, o nível máximo de eficiência, não é possível melhorar a situação de alguém a não ser piorando a de outro.

A teoria de Pareto, é além de marco no conceito de eficiência, uma grande influenciadora dos pensadores neoclássicos, todavia a crítica que se faz é de que condições ideais, normalmente, possuem caráter abstrato, porque nunca irão se realizar todas as trocas possíveis, ou jamais será possível se utilizar de todos os fatores de produção, ou todos os bem em produzidos estarão dentro das preferências e necessidades perfeitas do consumidor. A grande maioria das políticas públicas econômicas e sociais possui ganhadores e perdedores (Ibidem, p. 26- 27).

As condições abstratas para se chegar à eficiência econômica ideal têm a função de nos dar um ponto de partida, no entanto a dinâmica da economia e a influência de fatores tecnológicos nos levam a um conceito moderno de eficiência dinâmica⁶⁴, cujos benefícios podem vir através de pesquisa, desenvolvimento e inovação tecnológica.

A eficiência de Pareto foi complementada pelos Kaldor e Hicks com uma construção denominada de eficiência potencial, onde as perdas de uns podem ser compensadas pelos ganhos de outros.

Com esse reparo de Kaldor e Hicks, crescem as situações em que se podem justificar a eficiência, já que o idealizado é o ganho seja sempre maior do que uma possível perda (Ibidem, p, 27). Se houve de fato mais ganho, aqueles que obtiveram o acréscimo podem compensar os perdedores continuar com

⁶³ Para Cooter e Ulen, a eficiência da produção ocorrerá se não for “*possível gerar a mesma quantidade de produção usando uma combinação de insumo de custo menor*” ou se houver impossibilidade “*gerar mais produção usando a mesma combinação de insumos*” (Robert COOTER e Thomas ULEN, *Direito e Economia*, 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 38.)

⁶⁴ Sobre eficiência dinâmica ver Jorge FAGUNDES, *Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência: Eficiência Econômica e Distribuição de Renda em Análises Antitruste*, p. 83-98

excedente. Basta que haja a possibilidade de compensação, mas sem significar que ela de fato tenha se materializado. (COOTER, 2010 p. 64).

Coutinho (*Op cit.*, p.28)., explicando o teorema de Kaldor-Hicks, diz que uma de suas aplicações frequentes é “*dar base teórica a análises de custo-benefício*”, comparando caso a caso custos e benefícios totais estimados. Chegou à conclusão de que se os benefícios forem superiores aos custos faz sentido realizar a política pública, sob o ponto de vista econômico, sendo irrelevante o prejuízo de alguns, já que são justificados pelo maior volume de ganho.

Trazendo a eficiência para a política de frete mínimo, nota-se, em um pensamento simplista, que o estabelecimento de valores mínimos traz ganhos para os caminhoneiros, mas não para as empresas que contratam frete, que ficam impossibilitadas de pagar valores menores que aqueles existentes na lei. Havendo a perda de uma das partes, no caso as empresas, não se alcançaria uma situação Pareto-ótimo.

Se para Pareto que não é eficiente diminuir o bem-estar de alguns, para Kaldor-Hicks é justificável se aumentar o ganho de outros, pois perda de uns pode ser mais de que compensada pelo ganho de outros.

No teorema de Kaldor-Hicks, a mudança no geral deve produzir uma melhoria, quando se realiza o cômputo geral entre benefício e prejuízos.

Na política pública é importante juízo de previsibilidade entre custos e benefícios (ganhadores e perdedores), a fim de que se escolha a melhor alternativa dentro das possíveis tomadas de decisões públicas.

Essa relação entre direito e economia tem sua importância maximizada quando se questiona se uma solução normativa, por seus efeitos e sanções, possui consequências econômicas. Sabemos que sim. Há normas que, embora vigentes, não são dotadas de eficácia social. Há outras, por sinal, que a partir do momento que enquadram condutas em penalidades, causam de veras mudança socioeconômica. Com isso, embora de início a norma que regulamentou o frete mínimo tenha tido a aparência de descumprimento, a efetivação das sanções pelo governo federal teve o papel de demonstrar a eficácia normativa.

Em relação à a norma que estabeleceu o tabelamento de frete, muitas foram as notícias do descumprimento normativo, por alegada ineficácia normativa:

Depois da edição da MP 832/2018, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) publicou uma tabela definindo os fretes por quilômetro rodado, de acordo com a carga e o número de eixos dos veículos. Os

caminhoneiros autônomos denunciam, no entanto, que a tabela enfrenta resistência.

Janir Bottego, presidente do Sindicato dos Transportes Autônomos de Carga do Sudeste do Paraná, ressaltou que mesmo com a medida provisória, que tem força de lei, os preços mínimos não estão sendo respeitados.

Fonte: Agência Senado⁶⁵

A ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres) já recebeu 2.396 reclamações sobre descumprimento da tabela do frete rodoviário, decretada em maio pelo governo federal, mas que está sendo questionada no STF (Supremo Tribunal Federal).

As reclamações foram recebidas pela Ouvidoria da ANTT entre 30 de maio, quando a tabela entrou em vigor, e as 16h25 da terça-feira (19), quando a reportagem do R7 solicitou o levantamento à agência.

Fonte R7⁶⁶

As normas cujas implicações econômicas são objeto de forte rejeição tendem à ineficácia social e, como fogem à identificação ao contexto normativo que os indivíduos estão envolvidos, há uma tendência de a sociedade criar suas próprias regras.

Nunca uma construção de eficiência ficará imune a críticas porque aferir utilidade de cada beneficiário é algo que não é uniforme. É só pensar que pessoas creditam valores diversos ao que consideram aumento de benefícios, ainda mais se tiverem valor monetário. Um pequeno aumento de valor em grande escala pode ser muito para quem vai pagar e pouco para quem vai receber, não significando que houve um aumento de utilidade, por isso os benefícios e ideia de bem-estar é diferente de acordo com cada pessoa.

2.4 Incentivos

Incentivos são fatores endógenos e exógenos que conduzem a certo comportamento seja por via positiva ou negativa.

MATIN (1996. p. 46-172) aponta três elementos capazes de influenciar o comportamento humano, sendo um deles⁶⁷ o incentivo econômico.

É natural que o comportamento humano responda a incentivos sejam eles de cunho financeiros ou não. Isso nos leva uma ideia de consequencialíssimo

⁶⁵ Encontrado em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/06/26/caminhoneiros-denunciam-descumprimento-do-tabelamento-de-frete>

⁶⁶ Encontrado em: <https://noticias.r7.com/economia/governo-ja-recebeu-2400-queixas-por-desrespeito-a-tabela-do-frete-21062018>

⁶⁷ Os outros dois elementos apontados pelo autor são hierarquia e valores, além das ideologias.

econômico, pois se dentro de um ambiente organizacional agentes econômicos podem responder positivamente, por exemplo a uma norma de isenção tributária (incentivo positivo), podem também abandonar condutas quando essa mesma norma impõe sanção (incentivo negativo).

Dentro da política de tabelamento de frete, a norma impôs sanções pelo descumprimento de preço mínimo, de acordo com o cálculo realizado pela Agência Nacional de Transporte – ANTT. Não teve outra razão senão estimular que os agentes abandonassem condutas desvalorizadoras do trabalho dos caminhoneiros.

Se o estímulo concedido tem a finalidade de provocar mudança de comportamento de indivíduos dentro de suas práticas laborais de mercado, estamos diante de incentivos econômicos, que podem influenciar de forma positiva (bem-estar social) ou negativa (falhas de mercado) em resultados.

Para Smith (2013), automaticidade com que o mercado se regulava não permitia a existência de falhas, já que cada um orientado por seu interesse privado fazia com que o mercado funcionasse bem, contribuindo, portanto, com interesse coletivo de forma natural.

Entretanto, é importante registrar que o interesse privado e público nem sempre são similares, ou melhor, na maioria das vezes são colidentes, já que o bem-estar social é uma coisa e o coletivo é outra, ainda mais quando se sabe que os recursos geradores de bem-estar são escassos.

E sobre os incentivos para mudança comportamental, Posner pondera: “The concept of man as rational maximize of his self-interest implies that people respond to incentives – that if a person’s surroundings change in such a way that he could increase his satisfactions by altering his behaviour, he will do so.” (POSNER, 1998. p. 4)

Desta definição pode se extrair que escolhas racionais, além de maximizarem o interesse individual, respondem a incentivos e buscam ponderar benefícios e custos de cada alternativa.

O conjunto de mudanças que podem ocorrer a partir de incentivos influenciam nas condutas dos agentes econômicos, alterando o resultado de suas escolhas. É a partir dessa ideia de incentivos como influenciadores de condutas que o direito repercute em aspectos econômicos.

O agente econômico, a depender da existência ou não de uma norma, pode direcionar suas escolhas em busca de resultados econômicos eficiente e de seu bem-

estar individual. Por sinal, essa é a *ratio* maior direito, enquanto fenômeno social (REALE, 2003, p. 2) que tem sua origem na sociedade (BOBBIO, 2003, p. 37) e regula conduta humana.

Dentro do que se estuda na AED, esses fatores, embora nem todos, devem ser analisados economicamente na engenharia normativa, na implantação da política pública, a fim de que a racionalidade normativa não se torne ineficaz, vazia de valores econômicos.

Realizada a conexão entre análise econômica e racionalidade, em busca do bem-estar social, os incentivos têm um papel importante na modulação potencial das escolhas que cabe a cada agente de mercado, de acordo com suas preferências de busca de utilidade.

Dessa forma, fatores negativos e positivos possuem efeitos econômicos e devem ser estudados pelas AED já que são externalizados diariamente por empresas à sociedade, pessoas físicas ou jurídicas, individuais ou coletivas, não relacionados diretamente à produção, mas a forma e consequência que essa produção traz.

2.5. Externalidades

Dentro de critérios de escolhas racionais, as alternativas existentes implicam em ponderação entre benefícios e custos capazes de causar impactos a terceiros sem vínculo algum com as decisões executadas. Esses impactos de quem está no mercado incidentes sobre quem está fora dele são as externalidades.

Ensina Adriano Amarante que “Quando as ações de um agente afetam diretamente o ambiente – o conjunto de possibilidades de consumo de produção – de outro agente, pode se dizer que existe uma externalidade” (AMARANTE, 2004, p. 19).

Externalidade, portanto, são efeitos gerados pela conduta de um que se projetam na esfera de outrem, negativa ou positivamente, sem que o terceiro que sofre o impacto tenha dado consentimento e sem certeza de qualquer reparação ou pagamento. Por isso, Amarante afirma que “os bens públicos e as externalidades são motivos suficientes à Intervenção do Estado”. (AMARANTE, 2004, p. 11)

As externalidades, enquanto fenômeno da atividade econômica que se projeta para fora do mercado, são positivas ou negativas. As positivas se traduzem

em benefício na esfera jurídica de terceiro e as negativas⁶⁸ em prejuízo. No caso do tabelamento de frete, a poluição dos caminhões nas estradas é exemplo de externalidade negativa, enquanto os avanços tecnológicos dos caminhões, que geram melhoria nas condições de trabalho, são vistos como externalidade positiva.

2.6. AED: Aplicação à PNPM

A teoria econômica tem por propósito a busca do bem-estar social, dessa forma, problemas de assimetria de informação⁶⁹, externalidade⁷⁰, bens públicos⁷¹, abuso de poder de mercado⁷² e condutas anticompetitivas⁷³, monopólios naturais⁷⁴, monopólios⁷⁵, monopsônio⁷⁶ são tratados pela teoria econômica como falhas de mercado que impedem o seu funcionamento livre.

Dada a existência de deformidades econômicas, a intervenção é medida razoável para equilíbrio do mercado, podendo o governo atuar através da realização de políticas públicas de normatização, taxação, penalização. Assim, as falhas podem ser corrigidas por meio de regulação econômica, quando um órgão de regulação organiza e fiscaliza o funcionamento dos agentes no mercado, devendo, para tanto, avaliar os problemas potenciais que a regulação econômica pode gerar.

⁶⁸ Os caminhoneiros não absorvem o curso da poluição, portanto o custo social do bem é maior que o privado, visto que o custo externo não é absorvido pelo mercado.

⁶⁹ Distribuição desigual de informação entre quem oferta e quem demanda pode causar imperfeição alocativa.

⁷⁰ Efeitos indiretos positivos ou negativos a um terceiro.

⁷¹ Bens a todos disponíveis sem que haja rivalidade de uso, ou seja, o uso de um não afeta o do outro.

⁷² Empresas ofertante de bens que conseguem manter os preços do produto acima do nível de mercado, sem perder toda a clientela.

⁷³ Eliminação da concorrência através de cartel, trustes, dumping, venda casada, exclusividade.

⁷⁴ Quando a concorrência entre empresa não oferece as melhores alocações de mercado. *“Em alguns casos, o monopólio pode ser a forma mais eficiente de se produzir um bem ou serviço. Essa situação, conhecida como monopólio natural, é geralmente observada quando existem elevadas economias de escala ou de escopo em relação ao tamanho do mercado. Em tais condições, torna-se ineficiente ter duas ou mais empresas em operação e, a fim de afastar os abusos por parte do monopolista, faz-se necessária a regulação do mercado. Esse é um dos papéis desempenhados pelas agências reguladoras (Anatel, Aneel, ANP, etc.) em conjunto com o Cade.”* (Extraído do site do cade.gov, em: <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrenca>, acesso em 28 de agosto de 2019)

⁷⁵ *“O monopólio é a situação em que há apenas um fornecedor de determinado bem ou serviço no mercado. Nesse caso, o monopolista pode diminuir sua produção para elevar os preços até atingir o ponto em que a quantidade produzida, multiplicada pelo preço praticado, gera à empresa o lucro máximo. Os preços artificialmente elevados excluem consumidores potenciais do bem ou produto, e por não existirem outras empresas disputando o mercado, o monopolista não tem tantos incentivos para buscar inovações tecnológicas e formas mais eficientes de operar.”* (Ibidem)

⁷⁶ O monopsônio é uma situação semelhante ao monopólio, só que pelo lado do consumidor. Ou seja, é quando há apenas um comprador para determinado bem ou serviço e diversos fornecedores. Nesse caso, assim como ocorre no monopólio, o poder de mercado, agora exercido pelo comprador único, pode levar à perda de bem-estar econômico para a sociedade. (Ibidem)

O controle de preço, a exemplo do que aconteceu na PNPM, é a medida interventiva estatal de correção utilizada para combater o poderio de monopólio, por exemplo, cuja falha de mercado é a exterminação da concorrência. Esse poderio leva ao ofertante colocar no mercado o volume de produto e valor da mercadoria ou serviço exclusivamente a seu talante, maximizando seu lucro.

Presente o abuso de preço decorrente do monopólio, caberia ao Estado, como medida de regularização do mercado concorrencial, a intervenção na Economia para regular o preço que maximiza o lucro excessivo ao custo marginal.

A experiência demonstra que outras razões já foram expostas pelo Estado para a fixação de preços tabelados, como a ocorrida no tabelamento do preço do açúcar e do álcool nas décadas de 1980 e 1990, justificado para retomar a estabilidade do setor. No entanto, usinas recorreram a estudos da Fundação Getúlio Vargas (FGV) para demonstrar que o preço fixado pelo Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA) gerou prejuízos às empresas do setor sucroalcooleiro. Inclusive, a jurisprudência é pacífica no Supremo Tribunal Federal (STF)⁷⁷ e no Superior Tribunal de Justiça (STJ), a favor das usinas, que buscam receber as indenizações decorrente da fixação de preço.

A PNPM, enquanto política de intervenção, teve como justificativa não só a garantia de equilibrar renda para o setor de TRC, mas dirimir a questão social envolvida. O que estava em jogo economicamente era a tentativa de corrigir deformidades do preço do frete, que poderia ter duas causas: a primeira, a alta do óleo diesel, que poderia ser dirimida via política tributária; a segunda, a aparentemente tentativa de monopólio das ETC, que – por não haver desequilíbrio de categorias – não ocorreu.

Outra justificativa para regulação de preços adotada pelo Estado é social, a exemplo do que aconteceu com a criação da Câmara de Regulação de Mercado de Medicamentos (CMED), criada pela Lei nº. 10.742/03, como forma de impulsionar o acesso ao medicamento no país.

No julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 28.487-DF, acontecido em 2013, o Ministro Dias Toffoli entendeu, no que se refere ao percentual máximo de desconto obrigatório e linear nas vendas de determinados medicamentos ao Poder Público, o Coeficiente de Adequação de Preço (CAP) funciona como fator de ajuste de preços, porque é através dele que se chega ao

⁷⁷ Extraído de do site do STF em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=284642>, aceso em 28 de agosto de 2019.

“Preço Máximo de Venda ao Governo” (PMVG), o que vai ao encontro da reprovação constitucional do aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4º, CF/88)”.

E fundamenta o Ministro Toffoli:

A Constituição Federal de 1988 agrega preocupação social aos princípios gerais da atividade econômica, resultando em legítima atuação do Estado na promoção do acesso universal e igualitário à saúde, direito social garantido pelo art. 196 da Constituição Federal, cuja responsabilidade é partilhada pelo Estado e por toda a sociedade.

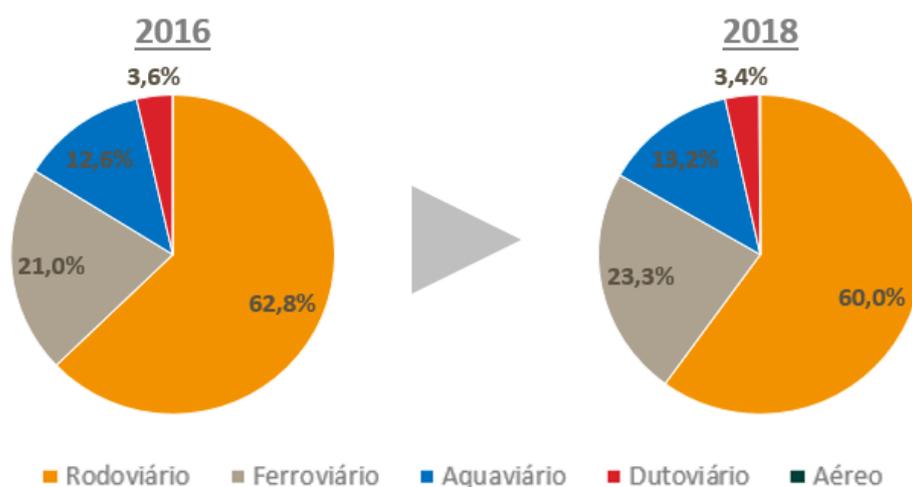
Ou seja, essa regulação de preço social é aquela que afeta toda a sociedade e que o Estado não pode tomar outra medida, que não a regulação, como ocorre no percentual de desconto dos medicamentos proposto pela Lei nº. 10.742/03, em atenção à vedação de aumento arbitrário de lucro, o que não se confunde com a PNPM-TRC em que o que se persegue pelos TRCs é exatamente o lucro capaz compatível com a valorização do trabalho, atingido por políticas de incentivo de trabalho e renda e não meramente por política regulatória rígida.

O mercado de frete, embora enfrente crise, com seu ápice em 2018, não possui razão econômica para regulação, via PNPM-TRC, porque: a uma, não há qualquer comprovação de haja um monopólio (Fornaciari, 2019, p. 21) ou qualquer outra falha de mercado capaz de ensejar precificação mínima; a duas, porque ainda que houvesse outro tipo falha de mercado, a exemplo de externalidades, a precificação, - em um mercado pulverizado cuja concorrência não é ameaçada por seus agentes – é medida inócua para maximização do bem-estar social.

A economia brasileira é dependente de transporte rodoviário de carga, responsável por 60% do fluxo de transporte de carga, conforme a figura 1, sem qualquer modificação significativa em 2019⁷⁸:

Figura 1 - Evolução de transporte de cargas do Brasil, de 2016 para 2018

⁷⁸ Em 2019, a taxa ficou em 58,3% da utilização dos rodoviários, 25,2% dos ferroviários e 12% dos aquaviários. Cf. Juilan, Gabriele, 2019, em: http://petcivil.blogspot.com/2019/08/atuacao-dos-modais-de-transporte-no_89.html



⁷⁹Fonte: Ilos

Obviamente, uma questão importante a se mencionar é que, conquanto o Brasil tenha um grande potencial aquaviário, apenas 13,2% desse potencial é explorado, em 2018, sem qualquer aumento em 2019. Além disso, o Brasil, em dois anos, antes da crise do TRC, teve crescimento insignificante em outros modais.

Destes transportes no modal cargas, Fornaciari, (2019, p. 21) aponta que os Transportadores Autônomos de Carga (TAC) dispõem de 45,6% do total da frota brasileira, enquanto as Cooperativas de Transporte de Cargas (CTC) dispõem de apenas 1,2% da frota brasileira. As Empresas de Transporte Rodoviário de Cargas (ETC) possuem uma leve vantagem (53,2%), que, em número, não me parece interferir no mercado, pois longe de ser um monopólio, neste ponto dá sinais de um mercado equilibrado, quando se tem informação de que as ETCs representam 60% da parcela de frete do mercado nacional⁸⁰.

Neste sentido, eventual desequilíbrio porventura existente foi enfrentado pela Lei 13.713, de 2018, que reservou o mínimo de 30% do frete contratado pela CONAB, que utiliza as transportadoras para movimentar grãos pelo país e garantir o abastecimento de todas as regiões, para cooperativas e associações de transportadores autônomos, com licitação dispensada.

⁷⁹ Encontrado em:

https://www.ilos.com.br/web/page/2/?option=com_docman&task=cat_view&gid=10&limit=5&order=date&dir=DESC&lang=br

⁸⁰ Encontrado em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/empresas-tem-60-do-transporte-rodoviario.shtml>. Acesso em 09.09.2018.

FORNACIARI (2019, p. 23) traz uma tabela (aqui representada na tabela 7) muito importante acerca da idade média dos veículos por categoria dos transportes rodoviários de carga:

TABELA 7 - Idade média dos veículos por Fornaciari (2019)

Tipo de Veículo	Idade Média dos Veículos			Média Total
	Autônomo	Empresa	Cooperativa	
Caminhão Leve (3,5t A 7,99t)	20,7	10,5	10,6	13,9
Caminhão Simples (8t A 29t)	24,4	11,7	16,3	17,5
Caminhão Trator	19,4	9,2	16,1	14,9
Caminhão Trator Especial	16,7	8,2	8,9	11,3
Caminhonete / Furgão (1,5t A 3,49t)	10,9	8,1	8,2	9,1
Total	17,2	10,2	12,2	13,2

Fonte: Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Carga – RNTRC.
Atualização: 20/01/2019

Pode-se se extrair da tabela acima que veículos das ETC e CTC são mais novos que dos TAC, isso poderia ser uma vantagem de custo menor, todavia, como tratado na teoria econômica de custos de transação e oportunidade, apenas o fato de serem mais novos indica uma oportunidade de oferta do serviço a menor custo, que podem ser compensados com custos empresariais que os autônomos, donos do seu próprio negócio, não possuem.

Ademais, segundo Araújo, 2014 et als⁸¹, a composição de custo da manutenção do veículo no Brasil, consoante tabela abaixo, é 14% do custo do transporte rodoviário, sendo que a maior parte é de custo com o combustível:

TABELA 8 – Custo do Transporte Rodoviário

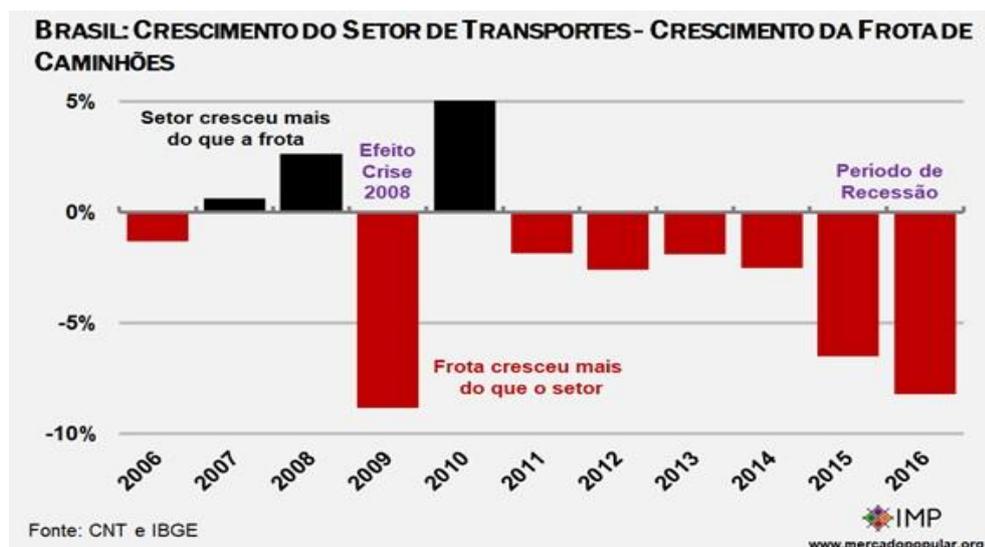
Composição do Custo do Transporte Rodoviário

Itens de custo	EUA	Brasil
Motorista	30%	16%
Veículo	20%	19%
Combustível	19%	26%
Pneus	3%	11%
Manutenção	8%	14%
Overhead	20%	14%

⁸¹ www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2238-10312014000400009

Outra situação é que os anos de 2011 a 2016 o crescimento de setor de transporte de carga foi inferior ao crescimento da frota de caminhão⁸², que teve incentivos econômicos para como redução tributária e de juros para financiamento, veja a figura 2:

Figura 2 – Crescimento Setor de Transporte



Ainda, o setor de transportes cresceu 0,2% em 2019, enquanto o PIB teve alta de 0,5% no primeiro trimestre de 2019, de acordo com a CNT⁸³. O crescimento inferior ao PIB revela que a política de preço mínimo não ergueu o setor.

Essa situação implica em aumento de concorrência e, por sua vez, o setor que tem mais poder de barganha de preço, no caso, as ETCs, que possuem a frota mais nova e maior volume de bens, como demonstrado nas tabelas, têm maior potencialidade de se garantir no mercado que os transportadores autônomo de carga.

Esse aumento da concorrência, com o crescimento da frota nos períodos de 2010 a 2016, somado a recessão econômica vivida no país desde 2008, como efeito da crise mundial, tem o poder de gerar graves consequências nos TAC, que não possuem salário fixo, necessitam realizar uma maior quantidade de frete mensal e em preços mais baixos, a fim de se manter em um mercado de alta concorrência.

⁸² Encontrado em: <http://mercadopopular.org/wp-content/uploads/2018/05/Imagem-16-Crescimento-do-Sector-de-Transportes-Crescimento-da-Frota-de-Caminhões.jpg>

⁸³ Cf. notícia extraída do CNI, em: <https://cnt.org.br/agencia-cnt/estudo-da-cnt-apresenta-panorama-do-setor-e-da-economia>, acesso em 02.08.2019.

O aumento da concorrência e a busca pela sobrevivência no setor levam os caminhoneiros a jornadas excessivas, trabalho em alta velocidade, extrapolação de limites de carga, e demais situações degradantes, que inclusive estão sendo discutidos em Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5.322/DF, a chamada “Lei dos Caminhoneiros”, cuja manifestação da PGR é bem elucidativa:

(...)

O frete rodoviário brasileiro é um dos menores do mundo (pesquisa CNT/COPPAED), compromete a saúde do setor e dificulta o crescimento de outros modelos de transporte. Jornadas de trabalho excessivas são uma das causas do baixo valor do frete. O transporte rodoviário de cargas no País tornou-se dependente de jornadas excessivas de trabalho dos motoristas, as quais resultam de: (a) baixa remuneração, (b) pagamento de salário por produção (com comissionamento) e (c) ausência de controle da jornada de trabalho. Motoristas profissionais submetem-se a extensas jornadas em busca de melhor remuneração, o que gera consequências danosas para si e demais usuários de rodovias, na forma de risco elevado e evitável de acidentes. Excesso sistemático de jornada de trabalho no transporte de cargas tem sido determinante de alto índice de consumo de drogas ilícitas por motoristas profissionais. (PGR)

E continua:

Segundo diversas pesquisas (USP, UFSC etc.), alimentação incorreta e inadequada, locais inseguros para dormir, ausência de sanitários higienizados, trabalho isolado, sedentarismo e problemas da organização do trabalho caracterizam motoristas de caminhão como trabalhadores com alto risco de sofrer acidentes. Indivíduos que trabalham sob muita tensão são os mais propensos a alcoolismo, como é o caso dos motoristas de caminhão e de ônibus. A extensa jornada de trabalho a que se submetem conduz a privação crônica de sono e abaixo nível de alerta e eleva o risco de acidentes de trânsito, especialmente de motoristas que dirigem em ambos os turnos. A maioria desses trabalhadores apresenta alta prevalência de vida sedentária, hábitos alimentares inadequados e tabagismo, conhecidos fatores de risco para patologias cardiovasculares, como hipertensão arterial sistêmica, hipercolesterolemia e coronariopatias. Evidências crescentes demonstram que “motoristas apresentam risco aumentado de desenvolver distúrbios cardiovasculares, gastrintestinais, de sono e psíquicos”. Há conexão entre superjornadas praticadas por motoristas rodoviários brasileiros, pouca disponibilidade de tempo para sono e alto índice de consumo de anfetaminas e outras drogas estimulantes (Univ. Est. Londrina, Univ. Est. Ponta Grossa, Unicamp etc.). (PGR)

Essas jornadas exaustivas possuem altos custos com saúde, previdência, indenizações e manutenção das rodovias, todavia essas externalidades aqui trazidas não são sequer indicativas de intervenção na modalidade de regulação de preços, uma vez que as falhas existentes podem ser corrigidas de maneira eficiente através de instrumentos econômicos que não causem falhas ainda maiores, a exemplo de incentivos tributários e redução do valor do pedágio dos TAC’s; aumentar a fiscalização para que jornadas extenuantes, tampouco excesso de peso, sejam uma

prática entre os caminhoneiros, com objetivo de aumentarem seus lucros; diminuir a assimetria informativa entre transportador e empresa contratante, com indicativos de preços Tudo isso como medida de escolha econômica racional e eficiente.

As assimetrias informativas que interferem no frete do TAC podem ser facilmente combatidas com uma prática muito comum, denominada no mercado de preço sugerido, onde, de posse da composição dos custos do TRC, por quilometragem, por eixo, o caminhoneiro autônomo valoraria seu frete, com base em incentivos dado pelo governo, competindo em pé de igualdade com as ETCs.

Além disso, o site UOL publicou uma pesquisa da Confederação Nacional das Indústrias, (CNI) com 685 empresas do setor de frete, após um ano da precificação mínima, demonstrando que a tabela aumentou o uso de frota própria pelas empresas, em 2019. A pesquisa demonstrou uma tendência de indústrias de realizarem o frete de seus bens, deixando de contratar os serviços, conforme a tabela 9:

Tabela 9 – Levantamento dos fretes utilizados pelas empresas

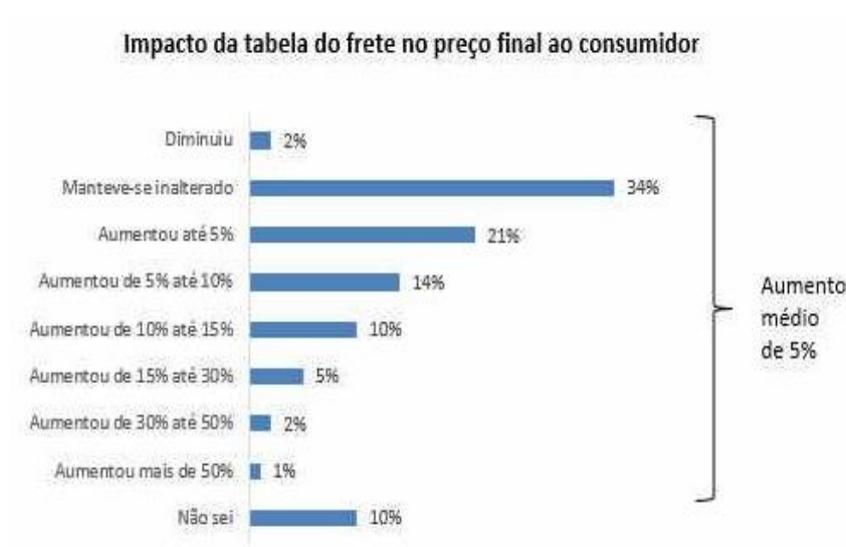
Autônomos são os que mais sofreram com queda da demanda

	Frota própria	Transportadora	Cooperativa	Autônomo
Aumentou o uso	18%	18%	2%	7%
Não houve alteração	66%	57%	70%	62%
Reduziu o uso	3%	16%	6%	16%
Não sabe	2%	3%	5%	3%
Em branco	11%	6%	17%	13%
Diferença entre o percentual de aumento e o percentual de redução (em pontos percentuais - p.p.)	15pp	2pp	-4pp	-9pp

A pesquisa mostra que o uso da frota própria aumentou 18%, com um aumento da contratação de autônomo somente de 7% após tabelamento, havendo uma diferença negativa de nove pontos percentuais para essa categoria entre o percentual de aumento e de redução de uso.

Além disso, o aumento do custo com a adoção ou crescimento da frota própria, bem como com o aumento do custo do frete pelas demais categorias, foram repassados ao consumidor, num aumento médio de 5%, consoante figura (gráfico) extraído (idem pesquisa CNI):

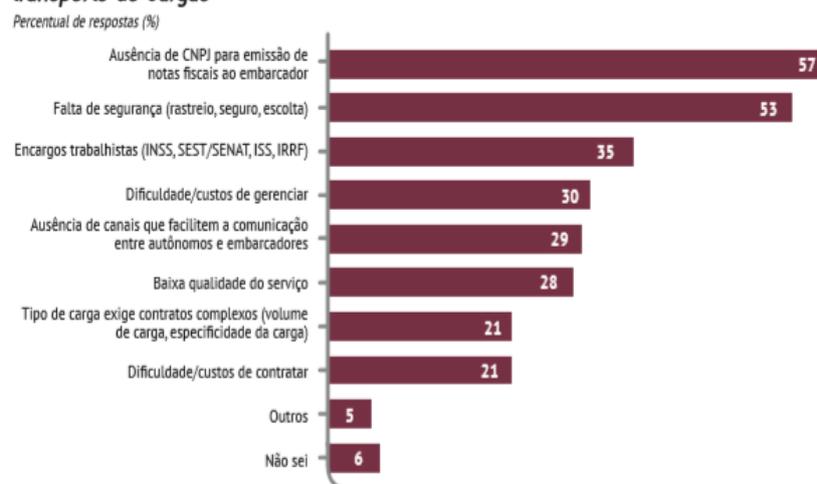
Figura 3 - aumento médio do Repasse mediante frete



Nesta mesma pesquisa⁸⁴, expõe os fatores que dificultam a contratação de caminhoneiros autônomos para o transporte de cargas, bem como extrai a informação de que seis em cada dez empresas estariam dispostas a contratar autônomos caso eles emitam notas fiscais como MEI:

Figura 4 - Fatores que dificultam a contratação de caminhoneiros autônomos

Fatores que dificultam a contratação de caminhoneiros autônomos para o transporte de cargas



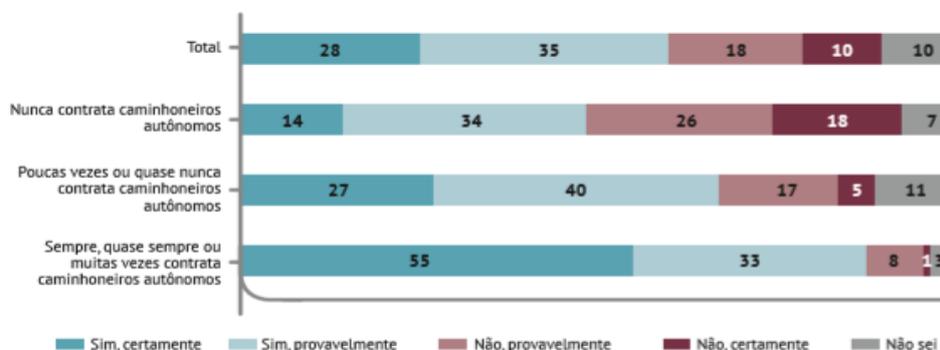
Nota: A soma dos percentuais não é igual a 100% pois os respondentes podem apontar mais de uma dificuldade.

⁸⁴ https://bucket-gw-cni-static-cms-si.s3.amazonaws.com/media/filer_public/3d/e5/3de51902-0518-40c3-b9e7-59d7e0cb3426/consultaempresarial_setembro2019.pdf

Figura 5 – Disposição de controle caminhoneiros (MEI)

Disposição para contratar caminhoneiros autônomos como microempreendedores individuais (MEI), o que garante ao profissional emitir nota fiscal

Percentual de respostas, por frequência atual de contratação de caminhoneiros autônomos (%)



Nota: A soma dos percentuais pode ser diferente de 100% por questões de arredondamento.

Neste ponto, uma saída econômica interessante é a proposição de um programa para os TAC de incentivo positivo para criação de microempresa individual e expedição de nota fiscal, a fim de racionalizar as escolhas, em busca do bem-estar social, proposto pela teoria econômica e trazer eficiência ao setor.

Neste passo, dada as condições econômicas até aqui analisadas, a PNPM-TRC foi uma medida equivocada porque comprovado que não há monopólio de ETC sobre TAC e, de mais a mais, do ponto de vista da racionalidade econômica (AED), após um ano de vigor do marco regulatório da precificação do frete, a norma não se mostrou eficiente economicamente para o fim perseguido em sua *ratio* que era o melhoramento das condições de trabalho dos frentistas, consoante demonstra a tabela 9, com aumento de execução de frete próprio pelas empresas e diminuição da contratação dos TACs e, conseqüente, diminuição da maximização de seus lucros e resultado, em contraposição às condições de eficiência Pareto-ótima.

Como demonstrado, medidas de incentivo tributário e enfretamento com modernização da legislação trabalhista, especificamente para os caminhoneiros, além de diminuição de pedágio, independente de eixo suspenso, teriam mais impacto econômico para os TACs e inclusive para os caminhoneiros em geral, sem ameaça à livre fixação de preço. Há, de fato, uma sensação de ganho com o aumento do valor do frete para os TACs, impactando no preço do consumidor, todavia, com os dados demonstrando a diminuição da contratação, trata de algo apenas aparente.

CAPÍTULO III – A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O objetivo central deste capítulo é verificar se a PNM-TRC está em consonância com o sistema constitucional econômico, analisando a harmonização das normas econômicas constitucionais, diante da ausência de hierarquia entre fundamentos, princípios e fins.

A ordem a que alude a Constituição está atrelada a uma concepção de sistema, de organização jurídica da matéria econômica. Apesar disso, o fato de existir um título específico na Constituição de 1988 para ordem econômica, gerando uma constituição formalmente econômica, não significa que outras normas econômicas não estejam espaçadas pela Carta, o que a doutrina denomina de constituição materialmente econômica.

João Bosco Leopoldino da Fonseca⁸⁵ explica que a ordem é “algo intrinsecamente FORMAL”, que irradia sobre diversos tipos de matérias como a social, econômica, jurídica”. (FONSECA, 2016, p. 63).

André Ramos Tavares que também concebe a ordem econômica com uma ordem jurídica da economia, a define como sendo “a expressão de um certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, preordenado juridicamente. É a sua estrutura ordenadora, composta por um conjunto de elementos que confronta um sistema econômico.” (TAVARES, 2006, p. 81).

A ordem econômica é o conjunto de normas positivadas ou não, jurídicas ou não que regulam o comportamento dos agentes econômicos. Tem por fundamentos a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, visando à existência digna a todos e à justiça social.

A Constituição Econômica se concretiza não somente da interação entre direito e economia, mas também pela integração entre regras constitucionais políticas e econômicas. (Op. Cit., 2016, p. 68).

MOREIRA apud TAVARES, 2006, p. 75 explica que os sistemas econômicos são definidos e garantidos por um conjunto de princípios e instituições jurídicas, que dão forma a constituição econômica, determinantes para instituir a forma de organizar e funcionar da economia. É como se dizer que através princípios e instituições jurídicas a economia toma forma jurídica cujas políticas públicas

⁸⁵ No excelente artigo titulado de Ordem Jurídico-Econômica e Social, escrito para a Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

econômicas devem ser realizadas dentro desse arcabouço jurídico, sob pena de judicialização.

Já para Grau, ter uma constituição econômica não significa constitucionalizar a ordem porque, mesmo diante da inexistência de normas econômicas em Cartas liberais, não significa que inexista constituição e ordem econômica. (GRAU, 2018, p. 68)

Para uma melhor compreensão entre esta interação, importante trazer um breve apanhado evolutivo das constituições econômicas brasileiras e suas interferências.

A evolução da intervenção do Estado na ordem econômica tem integral vinculação a aspecto histórico, político, dogmático e espacial, sendo, portanto, influenciada não só pelo sistema político-econômico, mas pelos aspectos sociais e histórico-culturais vigentes. A intervenção econômica do Estado evolui através de três vertentes: liberal, social e pós-social (LENZA, 2012, p. 1250).

Historicamente, século XVIII é marcado pela decadência do estado monárquico em consequência do crescimento da burguesia e revolta contra as monarquias absolutistas, que se encontravam no poder. Com isso, projeta-se dentro de um novo estado de direito a uma evidenciação do indivíduo, da propriedade e da autonomia da vontade privada. Esse momento histórico é caracterizado não pelo surgimento e fortalecimento de direitos de primeira geração, mas também pelo Estado Liberal, não intervencionista, com predominância da liberdade plena de iniciativa de mercado. Este período é marcado pela pouca ou quase inexistente regra sobre o controle do poder econômico. (BARBOSA, 2003, p. 70/72.)

Este estado de direito de primeira geração, marcado pelo o liberalismo econômico do século XVIII, influencia as duas constituições brasileiras com ideias liberais: a de 1824 e a de 1891.

Como a Constituição Econômica varia de acordo com o modelo de estado estabelecido, fica claro nas constituições liberais a separação entre Estado e Sociedade Civil, passando os cidadãos a ter seus direitos individuais e políticos declarados.

No Estado liberal, há uma evidência do indivíduo, tem-se o Estado não intervencionista dentro da perspectiva de “intervenção mínima”, a exemplo do que

aconteceu nas constituições de 1824 e 1891⁸⁶. Nesse período prevalecia a plena liberdade de iniciativa de mercado, não existindo normatização de controle do poder econômico.

Com o fim da primeira guerra mundial de 1914, o Estado voltar a intervir na economia, exercendo a atividade econômica, em busca do bem-estar social. Documentadamente, a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de Weimar 1919 são os grandes marcos jurídicos do Estado Social. Como afirma Grau, (2016, p. 40), ambas são constituições programáticas e advém de um projeto ideológico social, destacando o surgimento e fortalecimento de direitos de segunda geração. Notabiliza-se o Direito econômico visto como pressuposto dos direitos sociais.

Na mesma linha, progridem as Constituições formais capitalistas, que se utilizam da constituição social como exemplo, institucionalizando um “Estado Social”, através de um capitalismo social, que, como diz Grau, 2018, p. 40-50, “noção que não resiste nem mesmo à contradição dos vocábulos que integram a expressão que a designa – só o processo de produção é social; o processo de acumulação capitalista é essencialmente individualista.” (GRAU, 2018, p. 40-41)

O Estado Social passa a ter como sua marca a proteção dos direitos sociais e atuação estatal ativa como agente de políticas públicas, inclusive na intervenção e regulação do aspecto econômico. Como ensina Grau (2018, p. 41) o “sistema capitalista é assim preservado, renovado sob diverso regime”, é que “a Constituição Formal não apenas ensejará a manutenção da ‘ordem capitalista’, mas conferirá operacionalidade plena ao poder detido pelas classes dominantes.”

Esclarecedor o ensinamento de Martins, 1996, p. 6 sobre a Constituição mexicana no sentido de que “a ordem econômica adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-las sistematicamente, o que teve início com a Constituição mexicana de 1917” (SILVA, 1996, p. 6.)

No Brasil as constituições de 1934 e 1937, 1946 e 1967/69 estão de certa forma ligadas ao estado social, ainda que algumas só formalmente, como se demonstrará. Na Constituição de 1934, inspirada na Constituição Alemã de Weimar, faz-se pela primeira vez no Brasil referência à “Ordem Econômica e Social” (Fonseca,

⁸⁶ Veja-se a disposição da Constituição de 1891 no art. 72, § 17: “O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.”

2016, p. 85). Nota-se que o liberalismo perde sua força, o que reforçam as prescrições de intervenção econômica dos arts. 115⁸⁷ e 121⁸⁸ daquela Carta.

A Constituição de 1937, teve pela primeira vez a expressão⁸⁹ “intervenção do Estado no domínio econômico” (Fonseca, 2016, p. 85). Apesar de elaborada formalmente sob influência de Estado Social, é marcada por um período ditatorial de individualização de direitos (§ 14, art, 142), fazendo-se com que a literatura tenha sido diferente da prática. No plano econômico, as indústrias estavam em crise, sem base para sustentar questões econômicas.

Ao fim do longo período ditatorial e retorno do regime democrático, e ainda com o fim a 2ª guerra mundial, a Constituição de 1946 fortaleceu os direitos de primeira geração, com garantia de direito de propriedade, ainda que condicionada ao bem-estar social (Fonseca, 2016, p. 85) e ao mesmo tempo manteve no art. 145⁹⁰ os preceitos da Constituição de 1934, inspirada na Constituição alemã de 1919 (marco do estado social).

Dentre os principais avanços, cita-se a tentativa de equilibrar a justiça social distributiva, a liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho, o famoso equilíbrio entre capital e trabalho. Houve regulamentação da atividade econômica com a normatização de leis específicas.

As Constituição de 1967/69, gravadas na história pela revolução do regime militar de 1964, sob o imperativo da segurança nacional (Fonseca, 2016, p. 891), tem a ordem econômica desenhada sob um valor teleológico da segurança do Estado em primeiro plano, estando a pessoa humana e princípios a ela atrelados em segundo plano. A par disso, possuía o ideal de intervenção do Estado no domínio Econômico,

87 Veja-se: Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Parágrafo único. Os poderes públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do país.

88 Veja-se: Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições de trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país.

89 A expressão é destacada no Art. 135, a saber:

Art. 135 – Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado.

A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma de controle, do estímulo ou da gestão direta

90 Assim prescrito: Art. 145. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Parágrafo único. A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.

com inserção dos seguintes princípios: liberdade de iniciativa, valorização do trabalho como condição da dignidade humana, função social da propriedade e harmonia entre fatores de produção, repressão ao abuso do poder econômico, expansão das oportunidades de emprego produtivo⁹¹. (Martins, 2003, p. 40/41)⁹².

Nos idos da década de 70, passava-se por um processo inflacionários, que conduzia a uma crise generalizada das economias de mercado e comprometiam os lucros das empresas, impondo, segundo Grau apud Anderson, p. 46), dentro da concepção neoliberal, um Estado forte capacitado a enfrentar e romper o poder dos sindicatos, mas, ainda assim, comedido para realizar investimentos sociais e intervenções econômicas. Neste contexto, continua o autor (ibidem, p. 46), era necessário fortalecimento da moeda, disciplina orçamentária, fomento da diminuição do desemprego, reformas fiscais para incentivar agentes econômicos, enfretamento dos sindicatos e diminuição do Estado com política de privatizações.

No Brasil ⁹³, prestes a redemocratização, há uma dificuldade de estabilização monetária e, sem recuperação econômica, com o aumento da desigualdade, o social piora. (Grau, p. 46 apud Oliveira, p. 26).

É só lembrar do lançamento do plano cruzado, em 1986, com a promessa de que congelar preços significaria o fim da inflação. Em reportagem, o Estado de São Paulo⁹⁴ destaca essa passagem:

Se controle de preços funcionasse, o Plano Cruzado teria sido um retumbante sucesso. Como se sabe, mas volta e meia se esquece, o Cruzado, lançado em fevereiro de 1986 pelo então presidente José Sarney, congelou preços na expectativa de finalmente conter uma inflação que àquela altura era típica de país conflagrado. “Iniciamos hoje uma guerra de vida ou morte contra a inflação”, anunciou Sarney na TV. O Brasil foi fragorosamente derrotado nesse combate porque, em resumo, não se pode revogar as leis básicas da economia.

Se a inflação desorganiza o mercado, porque se perde a noção de valor do dinheiro e dos produtos, o congelamento de preços igualmente afronta as relações econômicas. Preços têm a função de refletir a disponibilidade daquilo que é precificado. Uma vez tabelado, o preço deixa de cumprir essa função básica, desorientando os agentes econômicos e levando ao desabastecimento – afinal, não há porque produzir mercadorias se o preço destas, por estar congelado, não puder refletir os custos da produção, que sobem livremente.

⁹¹ Este último, por sua vez, acrescentado na Emenda 1, de 17.10.1969.

⁹² SILVA, Américo Luís Martins. **A ordem constitucional econômica**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 40-41

⁹³ Grau, p. 55 sob uma perspectiva do neoliberal indica que o neoliberalismo é autofágico porque quando se investe contra direitos sociais e econômicos, fere-se o próprio sistema.

⁹⁴ Encontrada em: <https://opinio.estado.com.br/noticias/geral,a-seducao-do-controle-de-precos,70002340684> acesso em 10.10.2019

Se controle de preços funcionasse, o Plano Cruzado teria sido um retumbante sucesso. Como se sabe, mas volta e meia se esquece, o Cruzado, lançado em fevereiro de 1986, pelo então presidente José Sarney, congelou preços na expectativa de finalmente conter uma inflação que àquela altura era típica de país conflagrado. O Brasil foi fragorosamente derrotado nesse combate à inflação, porque, em resumo, não se pode com mero congelamento de preço revogar as leis básicas da economia.

Pois bem. Com o fim do regime militar, passa-se no Brasil à nova fase democrática de constitucionalização da ordem social e econômica, com princípios fundamentos e fins, bem delineados na constituição atual de 1988.

A nossa constituição de 1988 revela-se como sendo uma Constituição dirigente. Fins enunciados, bem como programas e diretrizes a serem realizados, não só pelo Estado, mas pela sociedade como um todo, acabam por conferir à essa Constituição um caráter de plano global normativo. O seu artigo 170⁹⁵ prospera no sentido de implantar uma nova ordem econômica. Cabe lembrar que, embora não se encontrem todos englobadas no chamado Título da Ordem Econômica (e financeira) - Título VII, há inúmeras disposições presentes nesta Carta que operam a institucionalização da ordem econômica. (GRAU, 2018, p. 169).

Vale lembrar que ordem econômica, primeira vez designada desta forma pela Constituição de Weimar, tem na Constituição de 1988 um sentido normativo de ordem jurídica econômica, do dever ser. E esta afirmação é importante para entendê-la.

Conquanto o enunciado deva ser interpretado como um todo normativo⁹⁶, a expressão ordem econômica é traduzida como *conjunto de relações econômicas*

⁹⁵Atualmente assim disposto na CRFB/88:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

⁹⁶ Da mesma forma que usada no art. 173, §5º, no sentido normativo, do dever ser.

(mundo do ser), mas que deverão ser fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e nas demais normas-princípios que a compõe. (GRAU, 2018, p. 64).

José Afonso da Silva explica que a ordem econômica da maneira como delineada é uma forma econômica capitalista; é só pensar que se funda integralmente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (SILVA, 2008, pp. 764-766).

Assim, o art. 170 ao estabelecer que ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (fundamentos), tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (finalidade), observados os princípios nele contidos, está a tratar desta ordem como do mundo do ser enquanto conjunto das atividades e ou relações econômicas.

3.1 A ordem econômica e a impossibilidade precificação quando o mercado estiver funcionando em condições regulares

O Constituinte Originário trouxe no art. 1º da CRFB/88 os fundamentos da República Federativa do Brasil, que irradiam sobre toda ordem constitucional, não podendo nenhum Poder deles se descolar.

Dentre esses, estão presentes os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa, também conhecidos com o que Carl Shmitt denominou de decisões políticas fundamentais (SHIMITT, 1927).

A Constituição materializou a proteção dos valores sociais no Capítulo II – Dos Direitos Sociais, trazendo regras de proteção ao trabalho em diversos outros dispositivos, a exemplo dos direitos estabelecidos ao trabalhador servidor público, em respeito à decisão política fundamental de proteção social do trabalho, em consonância com a dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, o princípio da livre iniciativa, do qual decorre a liberdade de preço, tem um conteúdo amplo dentro do texto constitucional informado pelo constituinte originário cuja proteção vai desde o direito de propriedade até a liberdade de concorrência.

O direito constitucional à propriedade privada assegura a disposição de bens e meios para que os produza, nos termos dos arts. 5º, XXII e 170, I, da CF,

atendendo a sua função social, bem como a função social da empresa. É neste sentido que a liberdade de empresa também integra o núcleo da livre iniciativa para exercício de atividade econômica, incluindo-se nessa liberdade a de fixação de preços de bens e serviços postos à disposição no mercado.

Assim que a Constituição de 1988 foi promulgada, ante as discussões acerca do novo arcabouço constitucional referente à Ordem Econômica, Neto (1989, p. 69) publicou artigo em que defendia que Carta de 1988, em matéria de livre iniciativa, reservou à própria Constituição suas limitações, não comportando o legislador ordinário a redução dessa garantia à ordem econômica. Portanto, parte do pressuposto de que o rol é exaustivo (Moreira Neto, Diogo, 1989, p. 69).

Neste mesmo artigo, Neto (Op. Cit. 1989) defendeu que a aplicação do princípio da livre iniciativa veda qualquer possibilidade de controle estatal de preço, pois, além de deletério, é incompatível com o objetivo fundamental da garantia do desenvolvimento econômico, previsto no art. 3º, II, da CRFB/88. E conclui que a “intervenção regulatória nos preços não exclui, todavia, a modalidade sancionatória, sempre que se caracterizarem as transgressões previstas no art. 173, § 4º, casos em que o Estado estará autorizado a intervir vinculada e motivadamente.” (Idem, p. 69/70).

Neto (1996, p. 143), após quase dez anos de CRFB/88, voltou a publicar na Revista de Direito Administrativo., Rio de Janeiro, 204: 135-144, abr./jun. 1996, aduzindo:

E mesmo sob o aspecto jurídico, considerado sob a ambígua Constituição de 1988, não obstante certas construções cerebrinas, por vezes, reconheça-se, bem-intencionadas, arquitetadas para defender o controle de preços e suas inefáveis "tabelas", não se pode vislumbrar um fundamento constitucional consciente para esse tipo extremo de intervenção no mercado.

(NETO. 1996, p 143)

E continua:

O que há, e aí se tem um nítido modelo de dispositivo expresso e inequívoco, é o permissivo constitucional de intervir em caráter sancionatório - e não regulatório - na hipótese de abuso do poder econômico, no caso, caracterizado pelo aumento arbitrário de lucros. Essa intervenção, porém, distintamente na regulatória, é concreta e não abstrata e geral, devendo ser aplicada individualmente sobre o infrator do preceito e, por isso, sempre dependente da observância do devido processo legal em cada caso. Sua finalidade, acrescenta-se, não é disciplinar preços, mas coibir o aumento arbitrário dos lucros, o que, por certo, repercute sobre preços, mas, distintamente, só pode ser considerado casuisticamente. Isso não afasta, por certo, o monitoramento de preços por parte do setor público, atividade distinta e indispensável para detectar-se quando a elevação de preços no mercado possa indicar um aumento arbitrário de lucros. (Ibidem)

Dito isto, é em virtude da determinação constitucional de controle repressivo, que Neto aduz que a precificação ou controle estatal de preços foi prática adotada no autoritarismo econômico, perigosa nas distorções que gera (op. cit., p.69), a exemplo dos casos do plano cruzado e verão, porém limada da Constituição de 1988.

Há que se mencionar que, logo após a Constituição de 1988, grandes doutrinadores passaram a defender que não podia mais haver controle de preço no Brasil. Essa foi a posição adotada por Diogo M. Figueiredo Neto (1990, p. 69-70), bem como por Celso Ribeiro Bastos (Comentários à Constituição do Brasil, 1990, p. 18/19) e Miguel Reale Júnior (Casos de Direito Constitucional, 1992, p. 68/69). (BARROSO, 2001, p. 190).

Efetivamente, em relação à precificação no âmbito do mercado, embora não haja qualquer norma constitucional que autorize tal controle, a própria Constituição (art. 173, § 1º) confere à lei a repressão (atuação repressiva em contraste à preventiva realizada no controle de preços) do abuso econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucro. Por isso e pelas experiências constitucionais anteriores (casos do plano cruzado e verão) doutrinadores da envergadura de Neto, Bastos e Reale Júnior, já referidos no parágrafo anterior, tenham defendido a impossibilidade da atuação prévia estatal no controle de preço. (Idem. p.191)

Todavia, é o próprio princípio da livre iniciativa que, ao mesmo tempo em que tem como corolário a livre fixação de preço, justifica uma prévia intervenção regulatória nos preços em situações de extrema excepcionalidade: abuso da livre iniciativa, que a leve ao colapso.

Não é sempre que se pode fazer controle de preços, mas em situações excepcionais esta poderá ser justificada pelo princípio da livre iniciativa, obedecendo à ponderação entre princípios constitucionais, em situações de absoluta anormalidade, com deterioração do mercado privado concorrencial por abuso da livre iniciativa, para restabelecer o mercado livre. (Idem. p.191-211).

Portanto, o controle prévio de preços é cabível, em situações excepcionais ao fundamento de confirmar os princípios da livre iniciativa e concorrência, no entanto será realizada em interpretação sistemática da Constituição, utilizando-se de critério de ponderação.

Por isso, foi importante trazer a análise econômica para esse trabalho, já que, a partir dos institutos econômicos, pelos dados trazidos no capítulo anterior, embora uma política pública regulatória de precificação, enquanto política de exceção⁹⁷, não encontre esbarro constitucional, ela possui requisitos constitucionais, legais e econômicos para se implementada.

Nas palavras do Min. Eros Grau (2018, p.196), isso “significa 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.”

Em continuidade aos requisitos constitucionais, Barroso (2001, 144) para embasar que a Constituição de 1988 não impossibilitou, porém limitou, a atuação estatal na política de preços, brilhantemente, para efeitos didáticos, dividiu os princípios em: fundamentais, que são decisões políticas estruturais (art. 1º, IV, CRFB/88); e em princípios gerais, de um lado, e setoriais de outro.

Aos princípios fundamentais previstos na Constituição assim referiu como: “decisões políticas estruturais do Estado (...) constituem, também, o núcleo imodificável do sistema, servindo como limites às mudanças constitucionais. Sua superação exige um novo momento constituinte originário”. (Ibidem, p. 145).

Os gerais, por conseguinte, como afirma Barroso (2001) "... embora não integrem o núcleo de decisão política formadora do Estado, são, normalmente, importantes especificações dos princípios fundamentais. (...) São princípios que se irradiam por toda a ordem jurídica, (...)”. É só pensar no princípio da legalidade (art. 5º, II), do devido processo legal (art. 5º, LIV), ou melhor, é o caso do art. 6º (direitos sociais), que especificam os valores sociais do trabalho, enquanto princípio fundamental. Os setoriais, "... são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a um determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente(...). (Barroso, 1999, p. 146 e ss.). São exemplos os dispostos no art. 170, I a IX, da CRFB/88.

Ainda que possam estabelecer restrições, os princípios setoriais não podem esvaziar os fundamentais. E, dada a heterogeneidade dos princípios setoriais da ordem econômica, agrupam-se em duas bases, sendo uma de funcionamento, no art. 170, I a VI da ordem econômica e o outra de princípios fins, previstos no art. 170, VI a IX). (BARROSO, 2001, pp. 193,197)

⁹⁷ Importante frisar que política econômica de exceção não se confunde com econômica de crise.

Na realização da interpretação sistemática do art. 170 CRFB, destacando a passagem que aduz ser a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa cuja finalidade é assegurar a todos existência digna, frisa-se que a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho humano⁹⁸ são, antes de qualquer coisa, princípios fundamentais, previstos no art. 1º, IV, da CRFB/88, portanto, difundem-se por todo o ordenamento jurídico, subordinando toda ação estatal, por ser decisão política estrutural, somente modificável por outra ordem constitucional. Demais disso, deles a interpretação da norma constitucional e infraconstitucional não pode se dissociar, tampouco contrariar.

Além de trazer os fundamentos da ordem econômica, o art. 170 da CRFB/88 traz os outros nove princípios que têm o dever de orientar a atuação de todos, do Estado e privados, apontados no início deste título, que conduzem a atuação econômica no país, enquanto princípios setoriais da ordem econômica.

Subdividem-se os princípios setoriais em princípios de funcionamento da ordem econômica (art 170, I a VI) e princípios fins (VII a IX). Os de funcionamentos estabelecem o comportamento que os agentes da ordem econômica devem observar no processamento de suas relações produtivas, tendo como destinatário principal a iniciativa privada⁹⁹, enquanto os princípios fins compelem a todos a atender os propósitos do constituinte, determinando os objetivos a que a ordem econômica sistematizada deve atingir. (BARROSO, 2001, p. 193-196).

Nesta dinâmica, para clarear o entendimento, podemos exemplificar que livre iniciativa é princípio fundamental, cujo funcionamento se dá, dentre outros, pela liberdade de concorrência para fixar preços, por exemplo, porém, para isso, não pode se afastar dos seus princípios fins como reduzir de desigualdades sociais e regionais. Neste mesmo sentido, os valores sociais do trabalho são princípios fundamentais cujo funcionamento, além de outros, se dá pela proteção à propriedade privada, atendendo à finalidade constitucional a busca do pleno emprego.

Não à toa, essa classificação entre princípios de funcionamento e fins tem destaque quando se analisa a função do Estado na ordem econômica, prevista no art.

⁹⁸ Dada a importância de tais princípios para o controle de preço, mais à frente será aberto um subtítulo para melhor esclarecê-los.

⁹⁹ E o Estado quando atua no setor privado.

174 da CRFB/88¹⁰⁰, pois a ele cabe fiscalizar a atuação econômica da iniciativa privada no cumprimento dos princípios de funcionamento. Essa fiscalização ocorre por meio de edição de normas para coibir interferência externa (soberania), condutas anticoncorrenciais (liberdade de concorrência), atentados à propriedade privada, meio ambiente, direitos do consumidor. (Ibidem, 2001, p. 198).

Assim, é dever Estado tanto a produção normativa, quanto à função fiscalizatória e de incentivo, a fim assegurar a todos existências dignas, conforme os ditames da justiça social, dar concretude aos princípios fins da ordem econômica. Ao passo que é função da agente econômico privado atuar na atividade econômica em cumprimento às leis estatais, sem que isso desnature a empresa de sua função de buscar lucro. Assim, como não cabe ao Estado compelir uma determinada empresa a contratar mais empregados, não pode a atividade empresarial atuar em regime de escravidão para obter mais lucro.

Dentro do papel do Estado de implementar os princípios fins, promovendo políticas de públicas de incentivo, distributivas e redistributivas, de busca de pleno emprego e redução de desigualdade social e regional, de acordo com a classificação adotada por Eros Grau, 2018, (p.89-144), duas são modalidades básicas de intervenção estatal são: por absorção ou participação, por direção ou por indução

Quando o estado presta diretamente — por monopólio (absorção) ou em regime de concorrência (participação) as atividades que seriam originárias do setor privado, passando a atuar como agente econômico, ocorre a primeira forma de intervenção. A intervenção por direção, por sua vez, diz respeito à atividade reguladora do Estado, que se inclui o tabelamento de preço. Já a indução, ligada às atividades de incentivo e fomento. (Ibidem, 89-144).

Do próprio texto constitucional da “Ordem Econômica” se extrai que Estado atua na ordem econômica de forma direta: prestação de serviço público e exploração na atividade econômica; bem como de forma indireta: por meio de planejamento e incentivo, fomento, que acontecem através da adoção de normas diretivas, orientadoras, contudo não cogentes (intervenção por indução) – e por meio de disciplina, como agente normativo e regulador (intervenção por direção), dada a sua função fiscalizatória e disciplinadora da atividade econômica, através de leis cogentes,

¹⁰⁰ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

regulamentos e pelo exercício do poder de polícia. Tudo isso com fim principal preservar e promover os princípios de funcionamento da ordem econômica.

O caráter compulsório da norma disciplina, fruto da intervenção por direção, obriga os destinatários a certo comportamento, restringindo o espaço de liberdade de iniciativa. Não que isso aniquile a liberdade de iniciativa, já que seria inconstitucional, mas é que não existe princípio de caráter absoluto. Todavia, o que não se pode ocorrer é, a pretexto de restringir a livre iniciativa, esvaziá-la, em caráter de inconstitucionalidade.

Neste contexto, afirma-se que o controle de preço, enquanto medida excepcionalíssima muito praticada em épocas de dirigismo, quando se tinha domínio total da economia pelo Estado, tem como condição para ser implementado apenas quando for a única medida capaz de restabelecer a livre iniciativa e concorrência, diante de uma deterioração exorbitante do mercado.

Barroso, 2001, p. 204 aponta que a intervenção disciplinadora, que está aquém da extinção da liberdade de o mercado fixar preço, tem duas limitações e 3 fundamentos válidos para que aconteça

Os limites são os princípios da livre iniciativa e da proporcionalidade, enquanto os fundamentos para intervenção são reorganizar a livre iniciativa e concorrência quando excepcionalmente o mercado privado estiver desorganizado, valorizar do trabalho humano, e efetivar princípios de funcionamento da ordem econômica. (BARROSO, 2001, p. 204)

Neste contexto, o Estado pode, através de seu poder normativo, intervir para assegurar ou promover a melhoria da livre iniciativa, contudo não pode se substituir no papel de mercado para fixar preços, como se essa fosse a regra ou seu papel central. Cabe à livre iniciativa, por regra, fixá-lo. Ou seja, em condições normais de funcionamento do mercado, não é legítimo, tampouco legal, o Estado se substituir à iniciativa privada, protegida pela livre iniciativa e concorrência, para fixar ou controlar preço de mercado. (BARROSO, 2001, p. 205-206)

Em verdade, o Estado não pode intervir indiretamente (art. 174 CRFB/88) na ordem econômica, independentemente de qualquer justificativa, quando o mercado estiver funcionando em condições regulares, como pareceu na adoção da PNPM. A livre fixação de preço é elemento nuclear da livre iniciativa. Todavia, excepcionalmente, em caso de funcionamento irregular do mercado, poderá haver um controle prévio de preços desde que atendido ao disposto na própria Constituição.

Assim, primeiramente, deve se perquirir, orientando-se pela AED, para que haja intervenção, se respeitam as duas limitações e algum dos fundamentos: a) o mercado dos fretes estava funcionando de forma irregular, ou seja, havia necessidade de reorganizar a livre iniciativa?; b) atendia-se ao princípio da proporcionalidade a medida interventiva?

Consoante demonstrado da análise da política pública, criada em um contexto de crise (capítulo 1), e na análise econômica (capítulo 2), existia uma irregularidade momentânea do mercado, a ser enfrentada com incentivo e fomento pelo Estado (intervenção por indução), dadas as causas que levaram à situação: alta do óleo diesel, queda do PIB, aumento da frota e alto custo dos pedágios.

Optou-se, com a PNPM, por uma política que impactou diretamente na livre fixação de preço, ainda que de forma parcial. Assim, para que o decisor público tome medida de tamanha proporção, há de se comprovar que a PNPM era a única medida capaz de recompor a livre iniciativa e concorrência (art. 170), impactada por um mercado extremamente deteriorado cuja única solução seria a precificação.

Analisando a situação jurídico-econômica, não foi a melhor decisão, uma vez que os preços dos fretes eram livremente formatados e o mercado de frete, conquanto enfrentasse uma crise permissiva de uma intervenção indireta, não permitia implementação de norma inconstitucional.

Pois bem. ainda que, supostamente, o mercado estivesse numa deterioração tal que fosse necessário reorganizar a livre iniciativa, juridicamente, necessário enfrentar o limite do filtro da razoabilidade.

3.2 Regulação Econômica e Princípio da Razoabilidade

Não é novidade que o Estado tem o papel de atuar em nome do público (prestando e regulando serviço público), função típica de exercício de sua titularidade, contudo, excepcionalmente, passa a atuar além dessa esfera, na área de titularidade do setor privado, agindo dentro de um papel que não lhe é comum, o papel intervencionista dentro na área do outro, a esfera privada.

Na regulação constitucional da atividade econômica, importante separar, para efeitos conceituais¹⁰¹ em que sentido a Constituição a ela se refere. Há

¹⁰¹ Grau (p.97) distingue as expressões “intervenção” de “atuação estatal”, sendo a primeira a atuação do Estado na atividade econômica em sentido estrito e a segunda em sentido amplo.

passagem em que a Constituição a utiliza no sentido amplo (arts. 170 e 174, *caput*) ora no restrito (arts, 173 e 177 *caput*). Em sentido amplo abarca a prestação de serviço público e a própria atividade econômica em sentido estrito; a atuação do Estado na atividade econômica em sentido estrito ocorre em regime de monopólio e concorrência, papéis intervencionistas do Estado.

Como já dito, o Estado atua indiretamente intervindo enquanto regulador sobre a atividade econômica (em sentido estrito): por direção, pressionando a economia através de mecanismos e normatização de comportamentos que devem ser seguidos pelos sujeitos da atividade econômica em sentido estrito; por indução o Estado manipula instrumentos, em observância à lei de funcionamento dos mercados, sem a mesma carga de cogência que possuem as normas de intervenção por dedução (Grau, 2018, 143).

O tabelamento de frete é exemplo clássico de intervenção por direção ao passo que a manipulação do governo para redução do valor do óleo diesel é exemplo da intervenção por indução.

Hely Lopes Meirelles ensina¹⁰²:

“(...) na ordem econômica o Estado atua para coibir os excessos da iniciativa privada e evitar que desatenda às suas finalidades, ou para realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, fazendo-o através de repressão ao abuso do poder econômico, do controle dos mercados e do tabelamento de preços”. (MEIRELLES, 2002, p. 507)

Regulação econômica é compreendida como a feitura e execução de normas jurídicas gerais e abstratas cujo intento é corrigir falhas de mercado. Dentro do sistema econômico que pode ter um mercado desequilibrado ou destoando de interesse público, tem a regulação o papel de alcançar esse equilíbrio, sem perder de vista o interesse da coletividade. Assim, só haverá regulação econômica se existir, como primeiro requisito, falha de mercado.

FONTES (2019, p. 79) aduz que “O conceito de mercado é necessariamente plúrimo ou plurissubjetivo, ou seja, pressupõe a existência de mais de um agente econômico no cenário de competição – não existe mercado de um único agente econômico.”

Dado o caráter concorrencial do mercado, VIZEU (2019, p. 107) define falhas de mercado como “toda situação de anormalidade, de efeito danoso, potencial ou efetivo, ao devido processo competitivo de determinado nicho de nossa economia,

¹⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 507- 508.

tendo resultados negativos para o bem-estar socioeconômico da população.” Essas falhas de mercado podem ocorrer por deficiência na concorrência, deficiência na distribuição dos bens essenciais coletivos, externalidades, assimetrias informativas e poderio e desequilíbrio do mercado.

Sobre as falhas de mercado, há deficiência na concorrência quando se está diante de uma situação de monopólio ou oligopólio; por sua vez há deficiência na distribuição dos bens essenciais coletivos quando o mercado não consegue, por si, promover acesso aos bens essenciais para a coletividade, em desrespeito à dignidade humana; externalidades ocorre quando agentes de mercado produzem fatores contra terceiros; assimetrias informativas acontecem quando não se conhece o mercado que opera; e poderio e desequilíbrio do mercado, que por si já se definem. *Ibidem* (2019, p. 105-106)

Além de falha de mercado, deve haver um relevante interesse coletivo decorrente de uma “situação sociopolítica, que gere repercussão inaceitável para coletividade, criando grandes celeumas prejuízos para vida em sociedade.” *Idem* (2019, p. 107).

Tem-se, portanto, um requisito econômico, ou seja, mercado não conseguir se autorregular, com as políticas públicas já existentes ou não conseguir se manter autorregulado, diante das falhas aqui apontadas, e um requisito social da insatisfação popular, geradora de crise. *Idem* (2019, p. 107).

Somado a isso, a intervenção disciplinadora possui duas limitações que são os princípios da livre iniciativa e da proporcionalidade. Isso quer dizer que o Estado não pode manipular o mercado a não ser para normalizar a livre iniciativa¹⁰³, em falha de mercado tal que proporcione tal intervenção, sem atingir o núcleo do princípio, ao revés, deve ser capaz de restabelecê-lo. Aqui se nota o requisito doutrinário complementar ao econômico proposto por Leonardo Vizeu.

Para além de cumprir o limite imposto pela livre iniciativa, qualquer intervenção por direção, ou seja, disciplina do mercado, deverá estar em consonância com o princípio da proporcionalidade em suas três dimensões: razoabilidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. É através da proporcionalidade que se controla a discricionariedade legislativa e executiva, inclusive pela via judicial. (BARROSO, 2001, p. 206).

¹⁰³ O controle de preço é forma de manipulação do mercado que, a priori, desrespeita a livre iniciativa

A máxima da proporcionalidade é analisada a partir dos critérios da adequação do meio utilizado para se chegar ao fim perseguido, além disso o meio utilizado deve ser necessário e deve-se utilizar do seu sentido mais restrito, a ponderação, ou seja, o que se tem a ganhar com a medida é superior àquilo que se pode perder. (MIRANDA, 1998, p. 218).

Jorge Miranda, assim decompõe o princípio da proporcionalidade:

adequação “significa que a providência se mostra adequada ao objetivo almejado (...); envolve, pois, correspondência de meios e fins; b) necessidade “supõe a existência de um bem juridicamente protegido e de uma circunstância que imponha intervenção ou decisão; equivale a exigibilidade desta intervenção; e c) proporcionalidade stricto sensu implica em justa medida; que a providência não fica aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido, nem mais, nem menos; e porque trata de limites, de restrições e de suspensão de direitos fundamentais, ela traduz-se em proibição do excesso. (Idem, p. 218)

O princípio da proporcionalidade limita intervenção indireta do Estado na economia, assim, para que haja decisão diretiva, a normatização interventiva deve ser a adequada a corrigir falha, de modo que haja uma correlação entre a medida remediadora do mercado e falha que se quer corrigir. No caso, na PNPM, antes de qualquer coisa, a decisão pela escolha da alternativa (estabelecimento de piso mínimo de frete) para enfrentar o problema público (paralisação dos caminhoneiros diante do aumento do diesel) tem que ser apta para remediar a falha no mercado de frete.

Em seguida, deve se avaliar se a decisão é útil e necessária (não excessiva) para proteger o bem jurídico violado. É o caso de se verificar se a intervenção indireta, enquanto política pública regulatória, é útil a enfrentar os problemas de mercados alegados pelos caminhoneiros na paralisação de maio de 2018 e até quanto tempo é útil, pois como se verá, a política de precificação, como medida de exceção, tem um limite temporal para que o mercado se estabeleça.

As notícias que se veiculam sobre a PNPM, bem como os dados apresentados neste trabalho demonstram que, à primeira vista, tratou de uma medida excessiva, tanto que uma das consequências mais drásticas foi uma porcentagem alta de empresa a aderir o frete próprio, em total desacordo com o que a PNPM propunha. Assim, em vez de produzir menor restrição a direitos de livre concorrência e busca de pleno emprego, os dados do CNI apresentados no capítulo 2 da AED demonstram exatamente o contrário, inclusive com graves impactos no consumidor final.

Por último, a medida deve ser justa, nem menos nem mais do que aquilo que importa para consecução do objetivo. Perseguiu-se com a PNPM atender as

reivindicações dos setores econômicos de frete rodoviário de carga, bem como restabelecer os valores de frete.

Após um de sua implementação, todavia, algumas situações colocaram a PNPM em xeque, a exemplo das reclamações dos TACs¹⁰⁴ que têm retornado, com cargas vazias para casa, porque, como existe um piso mínimo, a empresa dá preferência àqueles que já prestam serviço na cidade e conhecem seu trabalho. É que quando se tem um piso mínimo, diminui o poder de negociação, em prejuízo à livre concorrência.

Assim, forçoso concluir que a PNPM não está em consonância com o critério da proporcionalidade, porque - apesar de querer aparentar passar pelo crivo da adequação - esbarra-se claramente nos critérios de necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, enquanto limites legítimos da intervenção disciplinadora do Estado.

3.3 A Reorganização da Livre Iniciativa e Ensino de Roberto Barroso

O art. 174 da CRFB/88 deixa clara a função estatal de agente normativo e regulador da atividade econômica exercendo, para tanto, na forma legal a fiscalização, incentivo e fomento.

No entanto, conquanto o art. 174 aponte um modelo de Estado Regulador, que se fundamenta na livre iniciativa e concorrência, não se reconheceu ao longo da história um único modelo de regulação, que se desenha de acordo com a opção de política econômica.

O Estado Regulador retém atividades essenciais que ele mesmo exerce diretamente e direciona seu esforço a produzir um arcabouço normativo (direito econômico), bem como decisões, que imprimem o funcionamento das instituições estatais e privadas em direção ao propósito por ele escolhido. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 13). Neste passo, a regulação opõe-se o dirigismo estatal¹⁰⁵, que aniquilou a autonomia dos agentes econômicos, pois ao Estado cabia de forma irrestrita e ampla as competências do setor econômico, intrometendo nas decisões empresariais, manipulando o mercado. (Idem, p. 13-14)

¹⁰⁴ Encontrado em: <https://economia.ig.com.br/2019-11-18/nova-greve-tratados-como-trouxas-caminhoneiros-voltam-a-ameacar-paralisacao.html>. Acesso em 20.01.2019

¹⁰⁵ O dirigismo é próprio dos modelos coletivistas.

No modelo de regulador por disciplina, adotados pelos Estados que se fundam na liberdade de iniciativa, a disciplina é “instrumento de intervencionismo econômico”, que tem como máxima a de que o “livre mercado concorrencial é o mecanismo mais eficaz de produção de riquezas e bem estar (ainda que longe de ser perfeito).” A intervenção se legitima em benefício do mercado. (BARROSO, 2001, p. 205).

No que tange à formação de preço e demais consequências econômicas, é importante pensar que a atuação do mercado é espontânea, só podendo intervir limitado pela livre iniciativa e em favor dela.

É neste sentido que o intervencionismo, em contraposição ao dirigismo, estimula o mercado, sem impor autoritariamente, as regras do jogo, mas estimulando a defini-las, sem perder de vista a proteção à empresa e ao trabalho como um todo.

A reorganização livre iniciativa é fundamento para o intervencionismo, todavia uma medida tão drástica quanto uma política que altere a livre fixação de preço só tem fundamento se essa for a única alternativa de retomada da livre iniciativa e da livre concorrência já que o controle de preço, por si só, está ligado a uma ideia de dirigismo, na perspectiva de anuir com um comportamento, digamos, “autoritário” de domínio da economia pelo setor público. (Barroso, 2001, p. 205-206).

Por sinal, Barroso entende que se estabelecer como fundamento para o intervencionismo estatal não significa necessariamente ser fundamento para precificação ou tabelamento. A valorização do trabalho alinhada aos limites da proporcionalidade e da livre iniciativa são fundamentos para o intervencionismo, entretanto, não se pode precificar como único pretexto de valorização social do trabalho, já que o fundamento não tem o que Barroso (2001, p.206-207) denomina de correlação lógico-racional. Vejamos:

Em segundo lugar, a valorização do trabalho humano, por ser co-fundamento da ordem econômica brasileira, ao lado da livre iniciativa (CF, art. 170), pode justificar a intervenção estatal. (...) **É certo, todavia, que este fundamento jamais poderia legitimar o controle de preços: ainda que não houvesse a limitação material representada pelo núcleo do conceito de livre iniciativa, não haveria qualquer relação lógica entre controle de preços e valorização do trabalho.** Grifo do autor. (Barroso, 2001, p.206-207)

Assim, a deterioração generalizada do princípio da livre iniciativa, enquanto fundamento para intervenção disciplinadora do Estado, pode, por consequência gerar a deterioração dos valores sociais do trabalho, e gerar intervenção e até uma política

de tabelamento. Todavia, a deterioração dos valores sociais do trabalho, a exemplo de trabalhos análogos ao de escravos, requer intervenção disciplinadora do estado, mas não uma política de precificação de correlação lógico-racional.

3.4 A tabela de piso mínimo e ordem constitucional econômica

Convém salientar, de início, que o tabelamento de preço não é política pública regular admitida pela ordem econômica. Por sinal, contrasta com a livre fixação de preço, conteúdo nuclear da livre iniciativa e livre concorrência.

A livre concorrência é erigida à condição de princípio pela Constituição de 1988, indicada no art. 170, IV, ao lado de outros, compõe o agrupamento dos princípios da ordem econômica.

A concorrência livre, decomposta de liberdades privadas e liberdade pública (GRAU, 2018, p.205), poderia levar à ideia de que existe uma desigualdade ao final da competição, todavia o que se tem é uma realidade de igualdade jurídico-formal (GRAU, 2018, p.204), sendo a relação demanda e oferta um dos componentes capaz de fixar preço, dentro de um mercado regular.

No processo de análise econômica da livre concorrência Sampaio apud Grau, 2018, p. 205 ensina que a livre concorrência “trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental - a competitividade - que define a livre concorrência.”

E segue “A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção.” (Idem, p.205-206)

Note-se que condutas anticoncorrenciais não se confundem com uma falha de mercado capaz de gerar uma precificação. Ao revés, para estas condutas existem os dispositivos legais fiscalizatórios e sancionatórios que, dentro de uma situação de normalidade do mercado, são impostos àqueles que realizadores da tentativa à execução da conduta infratora, sempre respeitando, na apuração, o devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Isto porque o princípio da livre concorrência não contrasta ao princípio da repressão ao abuso do poder econômico, prescrito o §4º do art. 173 da Carta Constitucional. Ao contrário, este é fragmento daquele (Ibidem 205), isto é,

competição livre entre os agentes econômicos combinada com liberdade de escolha dos consumidores dão pulso à livre concorrência, que tem como proteção legal a repressão do abuso do poder econômico que vise à dominar mercados, eliminar concorrências e aumentar lucros arbitrariamente (cf. §4º do art. 173).

A livre fixação de preços é corolário da livre concorrência, portanto, acatar o controle de preço como algo legítimo é algo que impõe condições constitucionais rígidas (Barroso, 2001, p. 209) e inafastáveis.

Assim, quando o mesmo ocorrer, importante dar atenção ao que Barroso (2019) chama de limitações insuperáveis: a precificação deve ocorrer dentro da razoabilidade, como política extraordinária, ou seja, limitada no tempo (a situação de anormalidade do mercado não pode ser eterna); e os preços impostos, em nenhuma hipótese, podem ser inferiores ao preço de custo, até porque não se pode esvaziar a liberdade de empresa, que visa ao lucro.

Neste contexto, resta claro que a PNPM, por seu art. 5º da Lei 13703/18, atinge de morte núcleo da liberdade de iniciativa e livre concorrência (art. 1º, IV e parágrafo único; 3º e 170, CRFB/88) e exorbita a função fiscalizatória do Estado (173, § 4º; 174) ao determinar que, para a execução da Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas, a ANTT publicará norma com os pisos mínimos referentes ao quilômetro rodado na realização de fretes, por eixo carregado, consideradas as distâncias e as especificidades das cargas, bem como planilha de cálculos utilizada para a obtenção dos respectivos pisos mínimos.

3.5 As ADIS no STF e as posições antagônicas dos órgãos governamentais

A Política Nacional de Preços Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas foi instituída pela Medida Provisória n. 832, de 27 de maio, convertida na Lei 13.703/18.

O site Jota¹⁰⁶ noticiou que ao todo, um mês após a edição da PNPM, já contavam com 53 processos em andamento na Justiça Federal de todo país.

¹⁰⁶ Encontrada em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/fux-suspende-acoes-na-justica-que-questionam-tabelamento-do-frete-14062018>

Além dessas ações catalogadas, como já afirmado alhures, o Supremo tem três ações diretas de inconstitucionalidades¹⁰⁷, que requerem seja declarada a inconstitucionalidade da MP 832/2018, conseqüentemente da Lei 13.703/18 e da Resolução nº 5820, de 30 de maio de 2018, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), por, supostamente, afrontarem os princípios constitucionais da livre iniciativa, da valorização do trabalho e dignidade da pessoa humana.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5956 foi ajuizada pela Associação do Transporte Rodoviário de Carga do Brasil (ATR Brasil), em 07.06.2018¹⁰⁸.

Em resumo, pugnando pela inconstitucionalidade dos atos normativos acima referenciados, alegou a associação que:

- a) a fixação de preços mínimos vinculantes não atinge com a mesma gravidade os inúmeros segmentos de empresas que utilizam o transporte rodoviário de carga, mas principalmente aquelas que se utilizam intensivamente dos serviços de motoristas autônomos, como é o caso dos associados da ATR Brasil;
- b) a instituição do tabelamento de preço do transporte rodoviário de cargas fere a economia de mercado como um todo, em seu conteúdo macroeconômico, porque constitui um precedente perigoso e apto a sufocar, emergencialmente, qualquer movimento semelhante, originário de atividades econômicas que possuam poder de negociação;
- c) os preços do transporte foram fixados sem oscilar segundo as leis de mercado, privilegiando os motoristas autônomos. Isso impacta no segmento de transporte rodoviário de cargas de granéis que utiliza intensivamente os serviços de motoristas autônomos;
- d) violam os dispositivos constitucionais do art. 1º, IV (valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa); art. 3º, I (sociedade livre, justa e solidária); art. 5º, II (legalidade); Art. 170, IV (livre concorrência); art. 174 (regulação do Estado indicativa ao setor privado); e art. 178 (legalidade da ordenação dos transportes terrestres. Neste contexto, defende-se a

¹⁰⁷ Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5956, ajuizada pela Associação do Transporte Rodoviário de Carga do Brasil (ATR Brasil), ADI 5959 da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA e ADI 5964 ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria – CNI.

¹⁰⁸ Consulta realizada em 18.12.2018: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5481962>

vedação à intervenção estatal em seara onde devem transitar soberanas a livre-iniciativa e a concorrência.

Defende a ATR Brasil, em sua peça inicial, que a inconstitucionalidade da tabela nacional de piso mínimo de frete não atende a livre iniciativa porque a política, em vez de maximização de lucros, trouxe uma perda de lucratividade para o setor de frete, com o encarecimento do seu valor e diminuição da procura, dada a possibilidade de as empresas terem setor próprio:

Agora, com a tabela, o valor do frete que deve ser pago ao motorista autônomo igualou e até superou o valor que o contratante original do transporte (indústria e empresas do agronegócio) paga aos associados. Em outras palavras, os associados, em muitos casos, estarão recebendo frete menor do que aquele que deve pagar ao motorista autônomo, que é o seu subcontratado. Notem. Isso irá acontecer amiúde, sem a possibilidade de reversão do quadro a curto e médio prazos, porque o Agronegócio e a Confederação Nacional da Indústria - CNI já notificaram através da mídia que não têm margem para absorver esse aumento de frete.
(...)

E traz o seguinte e ilustrador exemplo:

Exemplo 1: • Guaíra/SP até Ribeirão Preto/SP / sem frete de retorno •
Veículo: Bitrem de 7 eixos • Distância: 137,4 • Antes da MP 832/2018: R\$ 984,96
(Conhecimento de Transporte 0017903) • Depois da MP 832/2018: R\$2.128,98.

Por isso, pede o legitimado que deve o Supremo aplicar os princípios da proporcionalidade e livre concorrência.

Ainda sobre a ADI 5956, 13 de junho de 2018 o Ministro FUX, após seu recebimento, proferiu o seguinte despacho, em atenção ao contraditório, para que os órgãos federais envolvidos se manifestassem nos autos:

(...) Ex positis, intimem-se com urgência, para manifestação no prazo de 48 (quarenta e oito horas), de preferência pela via eletrônica (art. 193 do NCPC): (i) o Presidente da República; (ii) a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); (iii) a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência, em razão das competências previstas no art. 41-A do Anexo I ao Decreto n.º 9.003, de 13 de março de 2017; (iv) a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por força das atribuições previstas no artigo 13, I e XVII, da Lei n.º 12.529/2011. Esgotado o prazo, com ou sem manifestação, retornem os autos conclusos com urgência. (...) Publique-se. Intimem-se.

Exercendo seu papel de reguladora do trânsito e transporte, a ANTT se manifestou¹⁰⁹ pela constitucionalidade do tabelamento de frete e na defesa de sua resolução que o regulou, em defesa dos valores do trabalho:

De início cabe registrar que os mesmos diplomas constitucionais citados que garantem a livre iniciativa também trazem como fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art.1º, incisos III e IV).

(...)

Como foi dito, a interpretação da Constituição é sistêmica e para a edição da MP 832/2018 foram considerados a dignidade da pessoa humana, fundamento da república e da justiça social pautada na valorização do trabalho. Portanto, numa análise sistêmica da constituição não de ser relativizados os princípios e normas constitucionais em tela.

No caso o da livre iniciativa e concorrência com dos da dignidade da pessoa humana com a valorização do trabalho e da justiça social.

(...)

Ao não estabelecer a política de preços mínimos vinculativos o Estado Brasileiro estaria corroborando com a relações espúrias do segmento de mercado a qual a MP 832/2018 se destinou, para preservar a valorização do trabalho e da justiça social, um dos pilares da ordem econômica (art.170,CF) e da dignidade da pessoa humana(art.1, CF).

O CADE, destoando da ANTT, alertou que o tabelamento, como defendido neste trabalho, é contrário aos interesses dos consumidores¹¹⁰:

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).

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.

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

¹⁰⁹ Extraído do processo nº 0072623-46.2018.1.00.0000

¹¹⁰ <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/cade-alerta-que-tabelamento-de-frete-configuracao-de-cartel-e-traria-prejuizos-a-populacao-18062018> e <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/06/447f0655ee2b6f97e1325732ddf94d46.pdf?x48657>

Em 14 de junho de 2018, o Ministro Fux, liminarmente, suspendeu todas as ações individuais e coletivas sobre o tema, para que não houvesse decisões contraditórias pelo país afora. E, conquanto tenha a União, através da Advocacia-Geral da União, postulado a suspensão dos processos e das respectivas decisões, apenas a suspensão dos processos foi deferida, não se manifestando o Ministro sobre as liminares já deferidas, consoante tabela colacionada neste artigo.

A ADI 5959 da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA e a ADI 5964 ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria – CNI foram propostas no mesmo sentido e com argumentos similares ao da ADI 5956, sendo reunidas e estando em julgamento conjunto sob a relatoria do Ministro FUX.

O Ministro Fux, em caráter conciliatório e informativo, determinou a realização de uma audiência com representantes do governo, dos empresários, dos caminhoneiros e da Procuradoria Geral da República e da Advocacia-Geral da União para o dia 20 de junho, através do seguinte despacho:

Tendo em vista a necessidade de prover solução jurídica uniforme e estável quanto à higidez da Medida Provisória n.º 832/2018 e da Resolução n.º 5820, de 30 de maio de 2018, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), revela-se necessário sustar o andamento de ações judiciais em curso nas instâncias inferiores, as quais podem gerar comandos conflitantes sobre a controvérsia posta na presente Ação Direta.

A providência ora determinada encontra amparo no poder geral de cautela, bem como na aplicação analógica dos artigos 12-F, § 1º, e 21 da Lei n.º 9.868/99 e do art. 5º, § 3º, da Lei n.º 9.882/99. Em idêntico sentido já decidiu o plenário desta Corte (ADI 5353 MC-Ref, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 28/09/2016; ADI 5409 MC-Ref, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 25/11/2015).

Ex positis, determino a suspensão dos processos judiciais, individuais ou coletivos, em curso nas instâncias inferiores e cujo pedido ou causa de pedir envolva a inconstitucionalidade ou suspensão de eficácia da Medida Provisória n.º 832/2018 ou da Resolução n.º 5820, de 30 de maio de 2018, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

No mesmo dia 20 de junho, prolatou o Ministro Fux a seguinte decisão:

Ante o exposto, decido: 1) Suspender todos os processos e os efeitos de decisões liminares, em todo o território nacional, que envolvam a inconstitucionalidade ou suspensão de eficácia da Medida Provisória n.º 832/2018 ou da Resolução n.º 5820, de 30 de maio de 2018, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). 2) Designar nova audiência, para o dia 28 de junho de 2018, às 11 horas, neste mesmo local, restrita à presença dos mesmos participantes da presente audiência, oportunidade na qual as partes apresentarão proposta de preço mínimo intermediária e verificar-se-á a necessidade de manutenção ou não da suspensão determinada no item 1. 3) Designo audiência pública para o dia 27 de agosto de 2018, na qual serão ouvidos dois oradores indicados por cada um dos

seguintes órgãos e entidades: (i) Advocacia-Geral da União; (ii) Ministério dos Transportes; (iii) Agência Nacional de Transportes Terrestres; (iv) Associação do Transporte Rodoviário de Carga do Brasil; (v) Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil; (vi) Confederação Nacional da Indústria; (vii) Confederação Nacional dos Transportadores Autônomos; (viii) Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica; (ix) Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência. Os presentes ficam intimados do teor da decisão nesta oportunidade. Publique-se.

Com efeito, só após a primeira audiência com as partes e terceiros envolvidos, sem consenso, é que o Ministro Fux, em mais uma decisão individual, liminarmente, suspendeu os efeitos das liminares.

No mesmo despacho, nota-se que a o Ministro, individualmente, em controle concentrado de constitucionalidade, não se dá por satisfeito e designa nova audiência para o dia 28 de junho de 2018 e para o dia 27 de agosto, com a finalidade de órgãos e entidades com interesse jurídico na regulação dos fretes, com a instituição dos preços mínimos no transporte rodoviário de carga.

Não foi a primeira vez FUX tenta consenso em ADI. O mesmo ocorreu no julgamento do caso do auxílio-moradia recebido os juízes e promotores, sem que acordo em ADI tenha qualquer previsão legal. Também, pudera, por parecer inconcebível acordar sobre (in)constitucionalidade de lei, já que a constitucionalidade de uma norma não comporta gradações, não está ao alcance das partes, tampouco de um conciliador.

O processo de auxílio-moradia pagos a juízes e promotores de todo país, indistintamente, foi remetido à Câmara de Conciliação da Administração Federal (CCFAF) da AGU, mas não se chegou a um consenso, justamente porque, como muitos juristas defendem não haver possibilidade de acordo que tenda a afastar o interesse público¹¹¹, bem como o princípio da observância irrestrita do preceito constitucional em conflito com a lei.

Precisar um consenso no controle abstrato de constitucionalidade é abrir mão da concentração do controle de constitucionalidade, que tem como foro de discussão o STF, por força constitucional.

Sobre o tema, o site jurídico Jota publicou matéria em que se questiona¹¹²:

¹¹¹ http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/659604

¹¹² <https://www.jota.info/stf/o-supremo-e-o-tabelamento-do-frete-e-possivel-conciliacao-em-adin-31072018>

É possível transacionar “com” e “no” controle abstrato de constitucionalidade? Por decisão monocrática? A suposta fundamentação para essa conciliação, fundada no Código de Processo Civil, pode se sobrepor à competência de controle de constitucionalidade dada pela Constituição ao plenário do STF – art. 102, I, ‘a’? Pode se sobrepor à lei específica que rege o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade – Lei 9.868/1999?

Finalizadas as audiências acerca do tabelamento do frete no Supremo, bem como a tentativa conciliatória, o ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, sem levar ao plenário, concedeu uma liminar, em 06 de dezembro de 2018, para proibir a ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres) de multar as transportadoras que não seguirem as tabelas de frete.

Na decisão liminar de 11 laudas¹¹³, conclui o Ministro Fux:

Ex positis, DEFIRO a medida cautelar para suspender a aplicação das medidas administrativas, coercitivas e punitivas previstas no § 6º do artigo 5º da Lei n.º 13.703/2018, por consequência, os efeitos da Resolução da Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT) nº 5.833/2018 (DOU 09/11/2018), que estabelece a aplicação de multas em caso de inobservância da tabela vinculativa instituída pela Resolução ANTT nº 5.820/2018, bem como das indenizações respectivas. Determino, por consequência, que a ANTT e outros órgãos federais se abstenham de aplicar penalidades aos embarcadores, até o exame do mérito da presente Ação Direta pelo Plenário.

A decisão acima referenciada só vigorou por uma semana, já que o mesmo Ministro revogou sua decisão, em 13 de junho:

"Ex positis, REVOGO a liminar anteriormente concedida até que o Plenário desta Corte se manifeste sobre o mérito da causa. Determino a inclusão do feito em pauta com urgência, consoante a conveniência da Presidência desta Egrégia Corte. Publique-se. Int..

Assim, embora as medidas legais governamentais tenham gerado, de início, mais de 50 processos individuais e coletivos, como demonstrado, foi de imediato estancada pelo Supremo, ante a decisão liminar em ADI. No entanto o problema está longe de se resolver, porque, embora o Ministro Fux tenha afirmado, após audiências públicas realizadas, que a ADI do tabelamento esteja madura para julgamento, o julgamento já fora desmarcado diversas vezes, agora, por último, em fevereiro de 2020.

Como defendido ao longo deste trabalho, entende que o julgamento sobre a Lei 13.703/18 deveria seguir pela sua inconstitucionalidade porque não atende ao

¹¹³ Encontrado em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339206737&ext=.pdf>

princípio da razoabilidade, além disso, fere o núcleo da livre iniciativa (art. 170, da CRFB), pois os dados demonstram que não havia falha de mercado de tamanha proporção a ponto de gerar uma intervenção indireta por direção, bastando por indução, com incentivos, inclusive tributários (isenção dos pedágios para os TACs), para atender às demandas dos frentistas, decorrente da crise do diesel.

CONCLUSÃO

A Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas – PNPM-TRC foi estabelecida por meio da Lei nº 13.703, de 8 de agosto de 2018, teve o fim *de promover condições mínimas para a realização de fretes no território nacional, de forma a proporcionar adequada retribuição ao serviço prestado.*

No entanto, como se mostrou pela tipologia de Lowi no capítulo 1, adotou-se inadequadamente um modelo regulatório para o mercado de frete rodoviário em que se predomina, por sua natureza, a livre fixação de preço, em consequência da livre concorrência.

A intervenção estatal, por meio da PNPM – TRC, seja sob um olhar político ou jurídico-econômico se mostra inadequada.

Politicamente, foi adotada em um contexto de crise, sem a devida discussão e cuidado que devem permear uma política pública.

Após um ano de sua implementação, não pode ser considerada eficaz, pois houve impactos negativos nos preços e nas demandas de frete.

Em estudo da Análise Econômica, onde deve-se colocar em prática critérios econômicos às relações sociais, segundo Posner, e procurar atender à racionalidade econômica, demonstrou-se que a decisão governamental elevou os preços dos produtos, em prejuízo ao consumidor, em sentido oposto à finalidade da decisão governamental.

Ainda, tratando a escolha pública regulatória - persecutória da racionalidade e eficiência econômicas -, a política pública de preços mínimos dos TRCs não atendeu ao fim de corrigir distorções por ela perseguida, ao revés, mostrou-se capaz de deslocar a renda entre os tipos de transportadores rodoviários de carga, causando uma maior distorção entre categorias de caminhoneiros. Além disso, empresas e grupo de empresas que regularmente contratavam fretes, em virtude do tabelamento, passaram a optar pela adoção da frota própria, o que impactou diretamente no volume dos serviços dos transportadores autônomos de carga.

Destaca-se que, na teoria econômica, a racionalidade é afetada por instrumentos econômicos que nem sempre estão sobre o controle dos agentes e que podem vir a gerar ainda maiores distorções ou falhas de mercado. Porém, é necessário se ter em mente que nem toda falha de mercado é capaz de gerar uma

intervenção estatal rígida do nível de precificação, já que medidas mais brandas, como política de incentivos também são capazes de manter a regra de mercado que é a autorregulação ou livre fixação de preço.

Fazendo-se análise pela eficiência de Pareto, onde todas as trocas possíveis devem ser realizadas, todos os bens de produção devem ser utilizados para que não haja desperdícios, alocando os bens que estão nas mãos dos que lhes concedem o maior valor, numa relação onde todos ganham, com menor intervenção estatal possível, a PNPM se mostra ineficiente ao que se propõe, como se anuncia na tabela 9, onde se revela que a intervenção estatal conduziu a um aumento de valores, ao cabo repassado ao consumidor final, que – por sua vez, foi o ator político que mais prejuízo sofreu, em total desrespeito aos princípios da ordem econômica.

Dito isto, é importante observar que, ao analisar a PNPM, deve-se estar atento a duas situações: a primeira, se está apta a enfrentar o problema econômico dos TRCs, com proveito em bem-estar, à luz da racionalidade e eficiência; a segunda, se a PNPM, introduzida a partir do poder normativo-regulador do Estado, está de acordo com o que dispõe a ordem econômica constitucional.

A bem da verdade, não ficou comprovado qualquer abuso de preço econômico por parte das empresas transportadoras de carga, capaz de extinguir a categoria de autônomos e gerar uma precificação mínima. Além disso, mesmo se houvesse tal tentativa, primeiro seria necessário averiguar se as medidas antitrustes já não seriam necessárias para retomada do mercado.

De mais a mais, as experiências de precificação nos planos cruzados, Bresser e no preço do açúcar e do álcool nas décadas de 1980 e 1990 demonstram quão desastrosas para um país podem representar políticas de tabelamento de preço, se gerada apenas como resposta social, sem pensar em todas as repercussões econômicas.

Após um ano de uso de frete, a Confederação Nacional da Indústria publicou pesquisa acerca do mercado de frete de transporte rodoviário de carga, demonstrando que o crescimento na contratação de autônomos regrediu em nove pontos percentuais em relação ao aumento de uso de frota própria pelas empresas.

Neste contexto, irretocável é o ensinamento de Fontes, p. 82 quando explica que no Direito Brasileiro a concorrência tem o triplo papel de proteger o concorrente, o consumidor, mas também, o mercado, que deve levar em consideração

o empreendedor, como sujeito principal do direito da concorrência, bem como os consumidores, como principais beneficiários deste mesmo direito.

Entretanto, a PNPM, após um ano de sua implementação, levou ao aumento do custo dos fretes, que foram repassados ao consumidor, num aumento médio de 5%, consoante dados da CNI, demonstrando que, os que deveriam ser os principais beneficiários do direito das concorrências, foram os principais prejudicados.

No que diz respeito à constitucionalidade, este trabalho se pautou pelos ensinamentos propostos por Luís Roberto Barroso, em contraposição à Moreira Neto, para concluir que a Constituição brasileira permite, excepcionalmente, a possibilidade de precificação - uma vez que o princípio livre iniciativa não possui caráter absoluto - entretanto somente quando houver extrema desordem com a própria liberdade de iniciativa e livre concorrência. Para tanto, deve-se cumprir além dos requisitos constitucionais da intervenção disciplinadora do Estado na Economia, requisitos próprios.

A intervenção disciplinadora¹¹⁴ (onde o Estado atua como agente normativo e regulador, em exercício da função de fiscalização) se pauta na preservação dos princípios de funcionamento da ordem econômica, e Barroso (p. 204) aponta duas limitações à intervenção e três fundamentos válidos, estes últimos alternativos.

Em se tratando de limitação, o Estado pode e deve intervir para assegurar ou promover livre iniciativa, promovendo políticas públicas a corrigir distorções. E se trata de limite justamente porque a intervenção estatal não pode, a pretexto de ensejar a liberdade de concorrência, realizar condutas anticoncorrenciais ou mitigar o núcleo da livre concorrência (Idem, p. 204).

Em se tratando de intervenção por direção, a exemplo do tabelamento de preço, dado ser medida excepcional, já que a regra é o mercado fixar os preços livremente, só tem cabimento quando o mercado e, por consequência, os princípios da livre iniciativa e concorrência estejam em uma deterioração tal que esta seja a única medida para restabelecê-los.

O segundo limite para intervenção do Estado é que, conquanto se disponha de um fundamento legítimo, esta deverá se apresentar em consonância com o princípio da proporcionalidade em sua subdivisão: adequação, razoabilidade ou

¹¹⁴ Em contraposição à intervenção fomento.

utilidade e proporcionalidade em sentido estrito (medida justa, onde não pode se perder mais do que o que se tem a ganhar).

Realizada a análise dos dois limites cumulativos para intervenção disciplinadora, que se fundam no próprio art. 170, necessária a ocorrência de um dos fundamentos alternativos: reorganização da livre concorrência, valorização do trabalho humano¹¹⁵ e adequação aos demais princípios funcionais da ordem econômica.

De todo modo, não é inconstitucional uma política pública somente porque visa à precificação, todavia, como requisito essencial, esta só tem fundamento se existir para reordenar o mercado concorrencial com fim de que a livre iniciativa e a livre concorrência, em completa deterioração, voltem a ser colocadas em prática, observado o princípio da razoabilidade, o que não ocorrera com a promulgação da lei que estabeleceu PNPM-TRC.

¹¹⁵ Se o problema público estiver ligado somente a deterioração dos valores sociais do trabalho, a exemplo do que se perseguiu inicialmente por parte dos TRCs, deve haver intervenção disciplinadora do Estado, sem que passe por uma política de precificação, por ausência de correlação lógico-racional.

REFERÊNCIAS

AGUM, Ricardo; RISCADO, Priscila; MENEZES, Monique. Políticas Públicas: Conceitos e Análise em Revisão. **Revista Agenda Política**, Vol.3, n.2 – julho/dezembro – 2015. Disponível em:< <http://www.agendapolitica.ufscar.br/index.php/agendapolitica/article/view/67>>. Acesso em dezembro de 2019.

AMARANTE, Adriano de. **Teoria dos jogos, externalidades e bens públicos**. UFSC, Florianópolis, 2004. Disponível em:< <http://tcc.bu.ufsc.br/Economia300121>>. Acesso em janeiro de 2020.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Maximização de riqueza como princípio normativo** – a primeira rodada do debate entre Richard Posner e Ronald Dworkin. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2010. Disponível em:< <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1a5c761b6d071728>>. Acesso em janeiro de 2020.

A SEDUÇÃO do controle de preços. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 07 de junho de 2018. Caderno Opinião. Disponível em: <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,a-seducao-do-controle-de-precos,70002340684>. Acesso em: 10 out. 2019.

BARBOSA, Eivaldo Moreira. **Direito constitucional: uma abordagem histórico-crítica**. São Paulo: Madras, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Revista de direito administrativo, 226, p. 187-212. Rio de Janeiro, 2001.

BILAS, Richard A. **Teoria microeconômica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1980

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Edipro, São Paulo, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari, **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Medida Provisória nº 832 de 2018**. Institui a Política de Preços Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas. Disponível em:< <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/133416>>. Acesso em outubro de 2019.

_____. **Resolução/ANTT nº 5820 de 30 de maio de 2018**. *Estabelece a metodologia e publica a tabela com preços mínimos vinculantes, referentes ao quilômetro rodado na realização de fretes, por eixo carregado, instituído pela Política de Preços Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas*. Disponível em:< http://www.antt.gov.br/cargas/arquivos_old/Tabelas_de_Precos_Minimos_do_Transporte_Rodoviario_de_Cargas.html>. Acesso em outubro de 2019.

_____. **Resolução DG/ANTT/MTPA 5821 de 7 de junho de 2018.** Altera a Resolução ANTT nº 5.820, de 30 de maio de 2018. Disponível em:<http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/RESOLUCAO_5821.pdf>. Acesso em outubro de 2019.

_____. **Lei 13.703 de 8 de agosto de 2018.** Institui a Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13703.htm#:~:text=>. Acesso em outubro de 2019.

_____. **Lei 13.711 de 24 de agosto de 2018.** Altera a Lei nº 13.103, de 2 de março de 2015, para prever isenção, em todo o território nacional, da cobrança de pedágio sobre eixos suspensos de veículos de transporte de cargas que circularem vazios nas vias terrestres federais, estaduais, distritais e municipais. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13711.htm>. Acesso em outubro de 2019.

_____. **Lei 13.712 de 24 de agosto de 2018.** Institui indenização ao integrante da carreira de Policial Rodoviário Federal. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13712.htm>. Acesso em outubro de 2019.

_____. **Resolução ANTT nº 5.833 de 8 de novembro de 2018.** Acrescenta o artigo 3º-B à Resolução ANTT nº 5.820, de 30 de maio de 2018, em razão ao disposto no §6º do art. 5º da Lei nº 13.703, de 08 de agosto de 2018. Disponível em:<http://www.antt.gov.br/cargas/arquivos_old/Tabelas_de_Precos_Minimos_do_Transporte_Rodoviario_de_Cargas.html>. Acesso em outubro de 2019.

CADE ADMNIN. **Cade.gov:** Perguntas gerais sobre defesa da concorrência, c2016. Página inicial. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrenca>>. Acesso em: 28 de ago. de 2019.

CALABRESI, Guido. **Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law, By Syracuse University Press.** New York: 1985

COOTER, Robert e ULEN, Thomas. **Direito e economia.** 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito e Economia Política da Regulação de Serviços Públicos.** São Paulo: Saraiva, 2014.

DYE, Thomas D. **Understanding Public Policy.** Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall. 1984. Available in:<<https://trove.nla.gov.au/work/6844260>>. Access in december 2019.
GERALDO, João. Os dez dias que abalaram o Brasil. **Revista O Carreiteiro** [Online], nº 519, junho de 2018. Disponível em:<<https://www.ocarreiteiro.com.br/edicoes/2018/519/>>. Acesso em dezembro de 2019.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Ideias, conhecimento e políticas públicas: um inventário sucinto das principais vertentes analíticas recentes. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 21-29, fev. 2003. Disponível em:< <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v18n51/15984>>. Acesso em dezembro de 2019.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito econômico**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FONTES, André R.C. Lineamentos do Direito da Concorrência. **Revista da EMARF**, Rio de Janeiro, v.30, n.1, p.1-422, mai./out.2019. Disponível em:< <https://emarf.trf2.jus.br/site/documentos/revistaemarfv30.pdf>>. Acesso em dezembro de 2019.

FORNACIARI, Francielle A. **Análise da Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Carga**. Brasília: ENAP, 2019.

FRAGA, Juliana Machado; VOLPATO, Luana Figueiró Silva. Breve Análise sobre o embate entre o interpretativismo de Ronald Dworkin e o pragmatismo de Richard Posner na construção da decisão judicial. **UNISC – Revista do Departamento de Ciências Humanas**, nº 42, ano 2014, Edição especial. DOI: <http://dx.doi.org/10.17058/barbaroi.v0i42.5548>. Disponível em:< <https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/5548>>. Acesso em janeiro de 2020.

GANEM, Angela. Demonstrar a ordem racional do Mercado: considerações em torno de um projeto impossível, in **Revista de Economia Política**, vol.16, nº2 (62),p105-122. Disponível em:< <https://www.econbiz.de/Record/demonstrar-a-ordem-racional-do-mercado-reflex%C3%B5es-em-torno-de-um-projeto-imposs%C3%ADvel-ganem-angela/10001203385>>. Acesso em janeiro de 2020.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. Artigo de junho de 2010. Disponível em:< https://www.researchgate.net/publication/328052491_Metodologia_e_Epistemologia_da_Analise_Economica_do_Direito>. Acesso em janeiro de 2020.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 19. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

Greve dos caminhoneiros: **a cronologia dos 10 dias que pararam o Brasil**. BBC BRASIL, 30 de maio de 2018. News Brasil, São Paulo, 07 de junho de 2018. Caderno Opinião. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44302137>. Acesso em: 08.07.2018.

HEIDEMANN, Francisco G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José F. (Org.). **Políticas Públicas e Desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise**. 2.ed. Editora Universidade de Brasília, 2010. cap. 1, p. 23-40.

HOFMANN, R.; PELAEZ, V. **A psicologia econômica como resposta ao individualismo metodológico**. Rev. Econ. Polit., São Paulo, v. 31, n. 2, PP. 262-282, June 2011.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. **Política pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Tradução de Francisco G. Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Posner e a Análise Econômica do Direito: Da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo**. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). *Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MÂNICA, Fernando Borges. **Racionalidade econômica e racionalidade jurídica na Constituição de 1988**. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 8, n. 32, p. 121–132, abr./jun., 2008. Disponível em:<<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/509>>. Acesso janeiro de 2020.

MARTÍN JJM. Nuevas perspectivas de la teoría económica del comportamiento humano. In: Martín JJM. **Innovaciones e incentivos en organizaciones sanitarias**. Málaga: Universidad de Málaga; 1996. p. 46-172.

MARTÍNEZ, Soares, **Economia Política**, 8ª ed., Coimbra, 1998.

MASSO, Fabiano Del. **Direito econômico esquematizado**. São Paulo: Método, 2012.

MILLER, Roger LeRoy. **Microeconomia: teoria, questões e aplicações**. São Paulo: McGrawHill, 1981.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 6ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 218.

NORDHAUS, William D.; Samuelson, Paul A. **Economia – 19ª Edição**. Mc Graw Hill editora limitada, 2012.

NASSAR, Luiz Henrique de Andrade. **A Aplicação das teorias de Cecil Pigou e Ronald Coase na análise das externalidades ambientais: um estudo sobre a logística reversa no estado do paraná**. Curitiba, 2017. Disponível em:<<https://www.prppg.ufpr.br/siga/visitante/trabalhoConclusaoWS?idpessoal=30186&idprograma=40001016051P7&anobase=2017&idtc=16>>. Acesso em janeiro de 2010.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Reinstitutionalização da ordem econômica no processo de globalização. **Revista de Direito Administrativo**., Rio de Janeiro, 204: 143, abr./jun. 1996.

_____. **Ordem econômica e desenvolvimento na constituição de 1988**. Rio de Janeiro, 1989. p. 69-70

PEREIRA, Breno Augusto Diniz; TONI, Deonir de. A busca da racionalidade multidimensional da organização através da teoria da configuração. **RAED – Edição 29 Vol. 8 No. 5, set-out 2002**. Disponível em:<<https://seer.ufrgs.br/RAED/article/view/42738>>. Acesso em janeiro de 2020.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Editora Elsevier, 2005.

PINHO, Diva Benevides. A racionalidade econômica - abordagem histórica. Departamento de Economia - Faculdade de Economia e Administração - Universidade de São Paulo. **Revista de História**, V. 54, nº 107, setembro de 1976. Disponível em:< <http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/78556>>. Acesso em janeiro de 2020.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 4. ed. Boston and Toronto: Little, Brown and Company, 1992

_____. **Behavior Economics, and the Law**. 50 Stanford L. Rev., 1998

_____. **The Problems of Jurisprudence /Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **How Judges Think**. Copyrighted Material.. 2008.

Principal associação de caminhoneiros, **Abcam assina acordo com governo**. Poder 360. Brasil, 28 de maio de 2018. Economia. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/principal-associacao-de-caminhoneiros-abcam-assina-acordo-com-governo/>. Acesso em 01.08.2018.

Greve dos caminhoneiros: **a cronologia dos 10 dias que pararam o Brasil**. BBC BRASIL, 30 de maio de 2018. News Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44302137>. Acesso em: 08.07.2018.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RUA, Maria das Graças. **Políticas Públicas. Florianópolis**: Departamento de Ciências da Administração / UFSC, 2009. 130 p. _____. Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos. In: RUA, Maria das Graças; VALADÃO, Maria Izabel. O Estudo da Política: Temas Selecionados. Brasília: Paralelo 15, 1998.

SABATIER, P. Top-down and bottom-up approaches to implementation research: A critical analysis and a suggested syntheses. **Jornal of Public Policy**, V.6, n.1, p.21-48, 1986. Available in:<<https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-public-policy/article/topdown-and-bottomup-approaches-to-implementation-research-a-critical-analysis-and-suggested-synthesis/2100355E461CC28D75C42AF64A4083D9>>. Access in: december 2019.

SAVEG, Ricardo Hasson. **O Capitalismo Humanista no Brasil**. Estudos preliminares para elaboração de nossa tese de livre docência (2010). Disponível em:< https://www.pucsp.br/capitalismohumanista/downloads/o_capitalismo_humanista_no_brasil.pdf>. Acesso em janeiro de 2020.

SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: **Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos**, 2ª Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

SILVA, Américo Luís Martins. **A ordem constitucional econômica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

Shimitt, Carl. **Teoria de la constitucion**. Madrid: 1927

SMITH, Adam. **A mão invisível**. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras/ Penguin Classics, 2013.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: Conceitos, Tipologias e Sub-Áreas**. Trabalho elaborado para a Fundação Luís Eduardo Magalhães, em dezembro de 2002. Disponível em:<
<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/3843/material/001-%20A-%20POLITICAS%20PUBLICAS.pdf>>. Acesso em janeiro de 2020.

_____. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Rev. Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45. Disponível em:<
<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>>. Acesso em dezembro de 2019.

STIGLITZ, JOSEPH E.; WALSH, CARL E. **Introdução à Microeconomia**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Campus, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O Papel das Políticas Públicas no Desenvolvimento Local e na Transformação da Realidade**. AATR-BA, 2002. Disponível em:<
http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf>. Acesso em dezembro de 2019.

TEIXEIRA, Pedro Freitas et al. A análise econômica do direito na axiologia constitucional. **Revista do BNDES 42**, dezembro 2014. Disponível em:<
https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/3685/2/A%20an%C3%A1lise%20econ%C3%B4mica%20do%20direito_P_BD.pdf>. Acesso janeiro de 2020.