



Guia de Advocacia da Concorrência

SECRETARIA ESPECIAL DE
PRODUTIVIDADE, EMPREGO E
COMPETITIVIDADE

MINISTÉRIO DA
ECONOMIA



PÁTRIA AMADA
BRASIL
GOVERNO FEDERAL

Ministro de Estado da Economia

Paulo Guedes

Secretário Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade

Carlos Alexandre Jorge da Costa

Secretário

César Costa Alves de Mattos

Secretário-Adjunto

Alexandre Messa Peixoto da Silva

Subsecretários

Marcelo de Matos Ramos

Cláudio Evangelista de Carvalho

Chefe de Gabinete

Thalia Lacerda de Azevedo Ge-Acaiaba de Montezuma

Assessoria

André Sousa Maia Justiniano Ribeiro

Rafael Campelo de Melo Ferraz

Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade

Ministério da Economia

Esplanada dos Ministérios, Bloco J

70.053-900, Brasília – DF

Projeto Gráfico, Diagramação e Capa

Washington Costa

Importância da Concorrência

A concorrência é o processo pelo qual diferentes vendedores buscam conquistar a preferência de diferentes compradores por meio de menores preços e/ou maiores funcionalidade e qualidade do produto ou serviço. Regra geral, quanto mais vendedores (competidores) em determinado mercado, maior a concorrência e maior (e melhor) a oferta de produtos e serviços para a sociedade. A concorrência por inovações também pode tanto reduzir custos e, portanto, abrir espaço para maiores reduções de preços como melhorar o produto ou serviço.

A concorrência é o principal mecanismo pelo qual uma economia de mercado consegue, de forma descentralizada, ou seja, sem requerer a ação de um planejador central, distribuir/alocar os insumos disponíveis da sociedade da forma mais favorável possível ao bem-estar social.

O caráter competitivo do mercado é que garante a aplicação da ideia revolucionária da “mão invisível” de Adam Smith pela qual há muita convergência entre o interesse egoísta dos indivíduos por seus próprios ganhos em sua atuação no mercado e o bem-estar social. São os chamados “benefícios sociais não intencionais” gerados pela dinâmica de um mercado concorrencial¹:

“Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro e do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelos próprios interesses. Apelamos não à humanidade...mas às vantagens que eles podem obter.”

Na Alemanha do pós-guerra, o então ministro das finanças alemão, Ludwig Erhard (1958)², destacou a importância da competição como o instrumento mais importante para a recuperação econômica daquele país:

“A competição é o meio mais promissor para alcançar e assegurar prosperidade. A competição torna as pessoas capazes, enquanto consumidores, de obter progresso econômico. Assegura que todas as vantagens que resultam da alta produtividade serão eventualmente aproveitadas por elas. Ao longo do caminho da competição, a socialização -no melhor sentido da palavra- do progresso e do lucro é melhor realizada. Ademais, o incentivo pessoal para a maior produtividade permanecerá vivo”.

Erhard também aponta a plena convergência entre a concorrência e a agenda social de qualquer governo:

“Uma política econômica apenas pode se chamar de “social” se ela permitir que o consumidor se beneficie do progresso econômico, dos resultados do aumento do esforço e da produtividade. E a melhor forma de alcançar este objetivo em uma ordem social livre é por meio da concorrência: este é o pilar central do sistema.”

De fato, uma das principais virtudes da concorrência é ampliar o leque de escolhas dos consumidores. E a ampliação deste espaço de escolha é particularmente relevante para os indivíduos de menor renda, os quais são proporcionalmente mais beneficiados que os mais ricos.

1 Smith, Adam. A Riqueza das Nações. Trad. Luiz João Baraúna, São Paulo: Abril Cultural, 1a ed., 1983.

2 Erhard, L.: Prosperity Through Competition. Frederick A. Praeger. New York. 1958.

Não à toa, a defesa da concorrência passou a ser considerada como uma das ferramentas mais importantes dos países em sua estratégia de desenvolvimento e crescimento econômico. Segundo um artigo da OCDE resultante do Forum Global da Concorrência de 2002³:

“Há fortes conexões entre a política de concorrência e vários pilares básicos do desenvolvimento econômico... Há uma evidência persuasiva de todo o mundo confirmando que níveis crescentes de competição têm sido associados, sem qualquer ambiguidade, com maior crescimento econômico, produtividade, investimento e crescentes padrões médios de vida”.

Em síntese, a concorrência é um elemento fundamental para o vigor de uma economia moderna e uma distribuição socialmente mais equânime dos frutos do desenvolvimento econômico. A questão principal é qual a função do Estado neste tipo de política. É o que veremos na próxima seção.



Em 1994 foi editada a Lei nº 8.884, a qual pode ser considerada um marco da defesa da concorrência no Brasil, dada a sua proximidade com as políticas de competição praticadas atualmente nos países industrializados.

3 OECD (2002), Global Forum on Competition 2002.

A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, reestruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), fortalecendo a capacidade investigatória do CADE ao mesmo tempo que atualizou e racionalizou o processo de análise e aprovação de atos de concentração.

O SBDC reúne as instituições do Estado que atuam na proteção e promoção da concorrência no Brasil e é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e pela Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE) ligada à Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade (SEPEC) do Ministério da Economia (ME). O SBDC atua de três formas

- Ação preventiva (art. 88 da Lei 12.529/2011): envolve a análise e aprovação das operações de concentração (fusões, aquisições e incorporações de empresas) e cooperação econômica (“joint ventures”);
- Ação repressiva (art. 36 da Lei 12.529/2011): envolve a investigação e punição de condutas anticompetitivas das empresas, como a formação de cartéis e potenciais práticas abusivas das empresas dominantes, como acordos de exclusividade, vendas casadas, preços predatórios, etc;
- Ação de advocacia da concorrência (art. 19 da Lei 12.529/2011): envolve a análise e proposição de políticas públicas com o objetivo de se identificar a existência ou a criação de barreiras e entraves desnecessários à concorrência pelo Estado.





As ações preventiva e repressiva são de competência exclusiva do CADE, enquanto a advocacia da concorrência é de competência da SEAE, podendo também ser exercida pelo CADE.

O controle preventivo de concentrações e a repressão a condutas anticompetitivas ocorrem no âmbito da relação entre a Administração e os agentes econômicos.

Já a advocacia da concorrência incide sobre ações limitadoras da competição realizadas pelo próprio setor público. Isso pode ocorrer por ações, nos três níveis federativos de governo: do Legislativo no plano legal, do Executivo no plano infralegal, ou do Judiciário, no âmbito das decisões judiciais.

A advocacia da concorrência parte do pressuposto de que é fundamental incrementar a cultura da concorrência no setor público tanto quanto no privado, tornando a competição uma métrica fundamental das ações do Estado.

Análise Custo/Benefício da Restrição à Concorrência

É possível, no entanto, haver restrições à concorrência geradas pelo Estado que gerem benefícios líquidos à sociedade. É fundamental, no entanto, investigar no caso concreto em que medida os benefícios alegados com a restrição à concorrência são reais e/ou podem ser atingidos por meios menos danosos à competição.

Afinal, há uma tendência natural a que os agentes beneficiados com as restrições à concorrência superestimem a necessidade destas. Infelizmente, não é incomum que essa predileção muitas vezes termine em algum tipo de demanda por regulação em captura regulatória, pois no dizer de George Stigler, laureado com o prêmio Nobel em 1982, “em regra, a regulação é adquirida pela indústria regulada e é concebida e executada primariamente em seu benefício”. De fato, é frequente que os incumbentes beneficiados por tais restrições aleguem que o seu setor é “diferente” e que a concorrência livre implicaria danos à segurança dos usuários, redução da qualidade dos produtos, consequências negativas ao meio ambiente, entre outros. Isso torna imperativo realizar uma análise não viesada dos alegados impactos da concorrência nestes aspectos da provisão do bem ou serviço, o que requer a associação dos conhecimentos do órgão responsável pela advocacia da concorrência com os do órgão mais diretamente responsável pela política setorial, que pode ser uma agência reguladora ou o ministério setorial. A cooperação destes entes é fundamental para atingir políticas melhores para o bem-estar social.

Concorrência dos Sonegadores e Fraudadores da Regulação

A concorrência é, por excelência, um mecanismo de seleção darwiniana dos mais competentes para entregar bens e serviços com qualidade e preços baixos ao público. Assim, a defesa da concorrência em todos os casos deve ser tomada não como um fim em si próprio, mas sim como um meio para se conseguir uma economia mais eficiente, com o maior bem-estar social possível.

Por conseguinte, a concorrência trazida por agentes que apenas conseguem reduzir seus custos e competir por meio de sonegação de tributos ou descumprimento de regulação, não aumenta a eficiência da economia. Assim, simplesmente ter mais agentes no mercado não implica economia mais eficiente se alguns destes agentes competem em bases fraudulentas. Constitui tão somente uma competitividade espúria que em lugar de agregar, destrói valor na economia ao deslocar os agentes realmente mais eficientes.

Há duas formas de lidar com esta forma ineficiente de competição. Primeiro, reforçar as atividades de fiscalização e punição dos sonegadores e descumpridores da regulação. Segundo, reduzir os impostos e o ônus regulatório, o que diminui as vantagens e, portanto, os incentivos dos sonegadores/fraudadores a adquirirem competitividade por tais meios.

A SEAE e a Advocacia da Concorrência

O escopo da ação da SEAE é regulado pelo art. 19 da Lei 12.529, de 2011 e pode ser caracterizado como um exemplo de “soft law”⁴. O propósito da Secretaria é influenciar as ações do Estado no sentido de colocar a concorrência como um dos principais mecanismos de regulação para o alcance do maior bem-estar social possível.

Apresentamos e comentamos brevemente no quadro a seguir os oito incisos do art. 19 que definem o escopo de atuação da SEAE.

⁴ Instrumento regulatório não vinculante e que, apesar de não criar obrigações jurídicas, pode produzir efeitos concretos aos destinatários, induzindo determinados comportamentos.

Quadro 1 - A SEAE Conforme o Art. 19. da Lei 12.529/2011

<p>I - opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas;</p>	<p>As agências reguladoras atuam sobre setores caracterizados por falhas de mercado sistemáticas. Isto implica que o mecanismo de mercado livre pode ser insuficiente para garantir que o setor regulado gerará, sem uma ação regulatória apropriada, um resultado ótimo do ponto de vista social.</p> <p>Daí a necessidade da atuação das agências reguladoras para corrigir tais falhas de mercado (ver regras gerais para o funcionamento das agências no Brasil na Lei 13.848, de 2019).</p> <p>No entanto, ações no sentido de corrigir falhas de mercado (inclusive as relacionadas à existência permanente de poder de mercado como no caso dos monopólios naturais) podem gerar restrições desnecessárias à concorrência. Outras ações com o mesmo efeito positivo sobre a correção da falha de mercado, mas com o menor nível possível de restrição à concorrência, podem ser avaliadas.</p> <p>O objetivo da SEAE aqui é trabalhar junto às agências para que adotem medidas que sejam as mais amigáveis à concorrência.</p>
<p>II - opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;</p>	<p>Não são apenas as agências reguladoras que podem adotar medidas com potencial de restringir de forma desnecessária a concorrência. Outras entidades públicas também regulam e suas ações podem ter efeitos prejudiciais à concorrência de forma desnecessária.</p> <p>Com a adoção generalizada de análises de impacto regulatório (AIR), previstas pela Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019), e suas respectivas consultas públicas, a atuação da SEAE se torna ainda mais relevante.</p>
<p>III - opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;</p>	<p>A elaboração de leis no Congresso Nacional não conta com um filtro específico para o impacto da medida sobre a concorrência. É fundamental alertar os legisladores sobre a necessidade de evitar restrições imotivadas à concorrência tal como são alertados os órgãos do Poder Executivo.</p>
<p>IV - elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo;</p>	<p>Há setores que, por vários motivos, sofrem com um nível de concorrência deficiente. A identificação da fonte dos problemas competitivos pode ser buscada por estudos setoriais específicos que gerem prescrições concretas para mudanças no arcabouço regulatório, tornando-o mais amigável à concorrência no setor.</p>

<p>V - elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento;</p>	<p>Dado o seu papel no governo, o Ministério da Economia participa de vários fóruns de formulação de políticas públicas aplicadas a setores específicos. Muito desta participação diz respeito a questões tributárias e de despesa pública. A participação da SEAE nestes fóruns busca ir além dessas questões, indicando medidas de incentivos regulatórios e de consideração da métrica da concorrência.</p>
<p>VI - propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País;</p>	<p>O estoque de leis, regulamentos e outros atos normativos no Brasil é reconhecidamente gigantesco. São mais de 5 milhões de normas, com um fluxo de, em média, mais 700 normas diárias. Não é infrequente que alguns destes normativos contenham restrições desproporcionais à concorrência e que precisam ser revistos.</p>
<p>VII - manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos;</p>	<p>A importação de bens e serviços é essencial para aumentar a concorrência e, conseqüentemente, o bem-estar dos consumidores. Para setores com poucos agentes produzindo no mercado doméstico, a concorrência externa pode se tornar imprescindível. De outro lado, é usual que os países adotem mecanismos de proteção aos produtores nacionais por meio de tarifas e outras barreiras de acesso, o que geralmente se fundamenta em uma política de desenvolvimento setorial às custas do bem-estar difuso da sociedade. Em setores com poucos grandes produtores nacionais, ou mesmo apenas um monopolista, é considerável a pressão para que agentes públicos aumentem barreiras à concorrência externa. Em suma, a política comercial apresenta impactos significativos sobre a concorrência, sendo observada com muita atenção pela SEAE. Vide restrição A5 do Checklist de Concorrência da OCDE abaixo.</p>
<p>VIII - encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.</p>	<p>Esta competência representa um passo a mais nos questionamentos de atos do setor público que comprometam a concorrência já destacados no inciso VI acima. Encaminhada a representação a órgão competente, há o dever de que este órgão modifique ou justique a restrição à concorrência, esclarecendo porque não há opções adequadas menos danosas ao funcionamento do mercado.</p>

Checklist da Advocacia da Concorrência da OCDE

A advocacia da concorrência é uma atividade cada vez mais debatida e valorizada nos foros internacionais. Isso porque boa parte dos problemas de concorrência mais graves são gerados pelas restrições impostas pelo próprio setor público.

Pensemos, por exemplo, no exemplo clássico de conduta anticompetitiva, cartéis. Reconhece-se que estes configuram arranjo eminentemente instável, com incentivos dos participantes a “trair” o acordo de forma a capturar parcelas expressivas do mercado. Assim, não é trivial assegurar a sobrevivência do cartel por um período razoavelmente longo de tempo.

Por outro lado, no caso das restrições concorrenciais impostas pelo Estado, não só não há qualquer tendência natural que as leve a se desfazerem, como o contrário pode ser verdadeiro. Como os beneficiados são, em geral, um pequeno grupo que passa a extrair renda do resto da sociedade, esse grupo consegue se coordenar e empregar vastos recursos em uma luta aguerrida para manter seus privilégios.. Os prejudicados, representados por toda a sociedade não sabem, muitas vezes, que a intervenção do Estado é que está criando reservas de mercado que destroem o bem-estar, especialmente na forma de preços mais altos. Ademais, como os benefícios da remoção da restrição são, geralmente, divididos por muitos (por isso que a concorrência é considerada um direito difuso) há uma tendência para que cada prejudicado individualmente não tenha incentivo a se esforçar na luta pela remoção de regras anti-competitivas (o conhecido problema do “carona” ou free-rider).

Assim, a ação explícita de “advogados da concorrência” dentro do setor público é de “representar” o grupo de prejudicados e persuadir outros órgãos de governo sobre a importância de evitar e/ ou eliminar as restrições à concorrência. A dificuldade deste tipo de representação é evidente: os incumbentes beneficiados pela restrição à concorrência têm nome e CPF conhecidos e já sabem se movimentar bem dentro da máquina pública na proteção de seus interesses.

Os concorrentes potenciais que poderiam entrar no setor nem sempre são prontamente identificáveis. Podem ser estrangeiros com atividades no segmento em tela e que poderiam trazer suas operações para o Brasil, seja por investimento direto seja por exportações. Podem ser agentes nacionais que já atuem em outros setores da economia brasileira ou mesmo empreendedores buscando o seu primeiro negócio. A intenção de entrada no segmento em função da remoção da restrição por estes concorrentes potenciais constitui apenas uma hipótese a ser testada. A capacidade destes agentes de demonstrar ao governo que esta hipótese se confirmará e que haverá ganhos para a coletividade caso seja removida a restrição é limitada. É a natural dificuldade dos “de fora” quebrarem as resistências dos “de dentro”. Aqui se aplica toda a análise do capitalismo de laços⁵.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) desenvolveu uma “caixa de ferramentas” (**toolkit**) para a identificação e análise de restrições à concorrência impostas pelos governos baseada na experiência internacional. São basicamente quatro tipos de restrições geradas por medidas do Estado:

- I) Limite do número ou da variedade de empresas
- II) Limite da capacidade das empresas de competirem entre si
- III) Diminuição do incentivo das empresas a competir
- IV) Limite do leque de escolhas do consumidor e da informação disponível





Cada um destes tipos possui um conjunto de subtipos o que constitui um checklist de restrições potenciais a serem verificadas conforme o toolkit de advocacia da concorrência da OCDE sumariado abaixo.

5 Ver Lazarini, S. :”Capitalismo de Laços. Os Donos do Brasil e Suas Conexões”

Quadro 2 : Sumário do Toolkit de Restrições Concorrenciais para a Advocacia da Concorrência da

CHECKLIST DE CONCORRÊNCIA

Deve-se realizar uma avaliação aprofundada dos efeitos na concorrência sempre que uma proposta:



<div style="background-color: #4CAF50; color: white; padding: 5px; text-align: center;">A</div> <h3 style="margin: 0;">Limite o número ou a variedade de empresas</h3> <p>Este efeito poderá ocorrer caso a proposta:</p> <ul style="list-style-type: none"><input type="checkbox"/> A1 Conceda direitos exclusivos a uma única empresa de bens ou serviços<input type="checkbox"/> A2 Estabeleça um regime de licenciamento ou autorização como requisito de atividade<input type="checkbox"/> A3 Limite a capacidade de certas empresas de prestar um bem ou serviço<input type="checkbox"/> A4 Aumente significativamente os custos de entrada ou de saída do mercado<input type="checkbox"/> A5 Crie uma barreira geográfica que impeça as empresas de oferecer bens, serviços, trabalho ou capital	<div style="background-color: #4CAF50; color: white; padding: 5px; text-align: center;">B</div> <h3 style="margin: 0;">Limite a capacidade das empresas de competirem entre si</h3> <p>Este efeito poderá ocorrer caso a proposta:</p> <ul style="list-style-type: none"><input type="checkbox"/> B1 Limite a capacidade das empresas de definirem preços de bens ou serviços<input type="checkbox"/> B2 Limite a liberdade das empresas na realização de publicidade e marketing de bens ou serviços<input type="checkbox"/> B3 Fixe padrões de qualidade que beneficiem apenas algumas empresas ou que excedam o nível que seria escolhido por consumidores bem informados<input type="checkbox"/> B4 Aumente significativamente o custo de produção de algumas empresas, particularmente dando um tratamento diferente às empresas estabelecidas no mercado (incumbentes) do tratamento dado às novas entrantes
<div style="background-color: #4CAF50; color: white; padding: 5px; text-align: center;">C</div> <h3 style="margin: 0;">Diminua o incentivo das empresas a competir</h3> <p>Este efeito poderá ocorrer caso a proposta:</p> <ul style="list-style-type: none"><input type="checkbox"/> C1 Estabeleça um regime de auto-regulação ou de co-regulação<input type="checkbox"/> C2 Exija ou encoraje a publicação de informação sobre as quantidades de produção, preços, vendas ou custos de empresas<input type="checkbox"/> C3 Isente a atividade de um determinado setor ou de um grupo de empresas da aplicação da lei geral de concorrência	<div style="background-color: #4CAF50; color: white; padding: 5px; text-align: center;">D</div> <h3 style="margin: 0;">Limite a escolha do consumidor e a informação disponível</h3> <p>Este efeito poderá ocorrer caso a proposta:</p> <ul style="list-style-type: none"><input type="checkbox"/> D1 Limite a capacidade dos consumidores de escolherem a empresa à qual adquirir um bem ou serviço<input type="checkbox"/> D2 Reduza a mobilidade dos consumidores entre empresas de bens ou serviços, através do aumento dos custos explícitos ou implícitos de alteração do serviço (switching costs)<input type="checkbox"/> D3 Altere substancialmente a informação necessária para que os consumidores possam adquirir bens e serviços de forma eficaz

Como ficará claro a partir dos exemplos de casos concretos já trabalhados pela SEAE e exibidos nos boxes abaixo, é usual que as medidas de restrição envolvam mais de um destes tipos e subtipos de restrição nos quadros 3, 4, 5 e 6.

Quadro 3: Restrições Tipo A - Limite do Número ou da Variedade de Empresas

Subtipo da Restrição A	Comentário
A1 - Concessão de direitos exclusivos a uma única empresa de bens ou serviços	Os direitos de exclusividade constituem a maior barreira à entrada no mercado e equivalem à criação de um monopólio pelo próprio Estado. Tais direitos de exclusividade produzirão preços de monopólio se não forem regulados, além de outros problemas relacionados ao exercício de poder de mercado e à falta de concorrência tais como serviços de baixa qualidade e desperdício de recursos..
A2 - Estabelecimento de um regime de licenciamento ou autorização como requisito da atividade	Muito embora os regimes de licenças/autorizações possam ter objetivos legítimos como o uso de recursos escassos (espectro, quedas d' água), garantia de segurança do produto ou serviço ou mesmo a prevenção de fraudes e sonegação, elas podem acabar sendo desproporcionais e gerar barreiras excessivas para potenciais entrantes, resultando, na prática, em pura e simples proteção dos operadores incumbentes dos efeitos da concorrência. Assim, é preciso garantir que estes requisitos sejam proporcionais, ou seja, não se tornem mais limitadores à concorrência do que o estritamente necessário para que os objetivos sejam atingidos.
A3 - Limitação da capacidade de certas empresas de prestar um bem ou serviço	Alguns governos exigem que todos os vendedores prestem um conjunto mínimo de serviços, restringindo ou proibindo que se preste um conjunto de serviços menor ou cobrança de forma avulsa por cada serviço prestado. Isto prejudica a escolha de alguns consumidores que podem preferir uma combinação de serviços que resulte em preço menor, além de dificultar a entrada de pequenas empresas. Consumidores mais pobres, em especial, podem preferir este tipo de combinação justamente em função da limitação de renda.
A4 - Aumento significativo dos custos de entrada ou de saída do mercado	<p>O aumento dos custos de entrada pode se derivar de normas rigorosas de testagem de produtos. Em muitos casos, estas normas podem ser desejáveis como em requisitos de segurança (certificação de automóveis e aviões, por exemplo) ou para garantia de qualidade do produto ou serviço (como medicamentos). Não é infrequente, no entanto, que se imponham requisitos desnecessariamente exigentes de qualificação técnica, podendo até se estar implicitamente direcionando o mercado para um subconjunto de ofertantes.</p> <p>A introdução de barreiras à saída acaba gerando efeito similar às barreiras à entrada: tornar os entrantes menos propensos a entrar.</p>
A5 - Criação de barreira geográfica que impeça as empresas de oferecer bens, serviços, trabalho ou capital em determinada localidade	Tais barreiras são usadas frequentemente como um instrumento de política regional para desenvolver uma atividade econômica localmente. Essas limitações reduzem artificialmente a área geográfica de concorrência pelo fornecimento de um produto ou serviço, prejudicando os consumidores locais em favor dos vendedores locais. As barreiras ao comércio internacional são um exemplo de barreiras geográficas definidas para todo o país.

Seguem abaixo nos boxes, casos concretos com atuação da SEAE no tipo de restrição “A”.

Box A.I Taxis e Aplicativos UBER

A Seae analisou os efeitos dos aplicativos de transporte sobre o serviço de transporte individual de passageiros. Constatou-se que os motoristas do serviço de aluguel de veículos particulares (AVP), que constituem o universo de prestadores de serviço do Uber, e os motoristas do serviço tradicional de táxi, estão dentro do mesmo mercado relevante por serem substitutos bem próximos. . A entrada de um novo agente no mercado, no caso o Uber, aumentou a pressão para a melhoria do serviço tradicional de táxi, assim como passou a requerer novas abordagens regulatórias por parte do poder público. A Seae identificou algumas medidas para aperfeiçoar a regulação do serviço de táxi. São elas: (i) liberdade de entrada, com o fim das restrições à quantidade de táxis nas ruas (remoção das restrições A2); (ii) desregulamentação tarifária, com liberdade tarifária dos serviços de táxi permitindo concorrência via preços (remoção das restrições B1); (iii) transparência de preços, de forma que o consumidor tenha informação visível da tarifa e dos descontos auferidos diretamente no taxímetro (remoção das restrições B1); (iv) inovação tecnológica, de modo que o poder público não crie barreiras para o crescimento dos serviços de radiotáxi e dos aplicativos, que incrementam a concorrência (remoção de restrições A2, A3 e A4); (v) livre acesso aos pontos de táxi e aos locais de grande movimentação, permitindo que qualquer motorista de aplicativo possa recolher passageiros em qualquer ponto fixo ou em locais de grande acesso público, ampliando sua capacidade de competir (remoção de restrições A3).

O aumento da utilização de aplicativos de smartphones para agendamento/contratação de corridas mitiga ainda parte dos problemas de segurança dos usuários e motoristas, pois possibilita o monitoramento do prestador do serviço e do contratante pelo acompanhamento do trajeto percorrido. Os aplicativos também podem aferir mais facilmente a qualidade da prestação do serviço e, assim, a satisfação dos usuários.

O modelo de negócios dos aplicativos não requer, a priori, regulação do poder público. No entanto, dado o excessivo ativismo de governos subnacionais no sentido da limitação do serviço por aplicativos entendeu-se que uma regulação mínima poderia reduzir a insegurança jurídica e ser positivo para o desenvolvimento desse mercado.

A Seae participou da discussão e elaboração da proposição legislativa que resultou na Lei nº 13.640, de 2018, que reduziu as incertezas jurídicas sobre a atuação dos aplicativos.

A Seae recomendou ainda aos municípios que (i) não adotem medidas que inviabilizem ou dificultem a operação dos aplicativos; (ii) eventual regulamentação deve ser mínima, focada em aspectos da segurança e endereçada aos aplicativos, e não aos motoristas; (iii) os entes locais adotem medidas de desregulamentação do serviço de táxi, como o fim das barreiras à entrada (remoção da restrição A1) e a liberdade de preços (remoção das restrições B1); e (iv) os entes locais assegurem competição no serviço de táxi, não somente entre os taxistas, mas também em relação aos serviços de aplicativos.

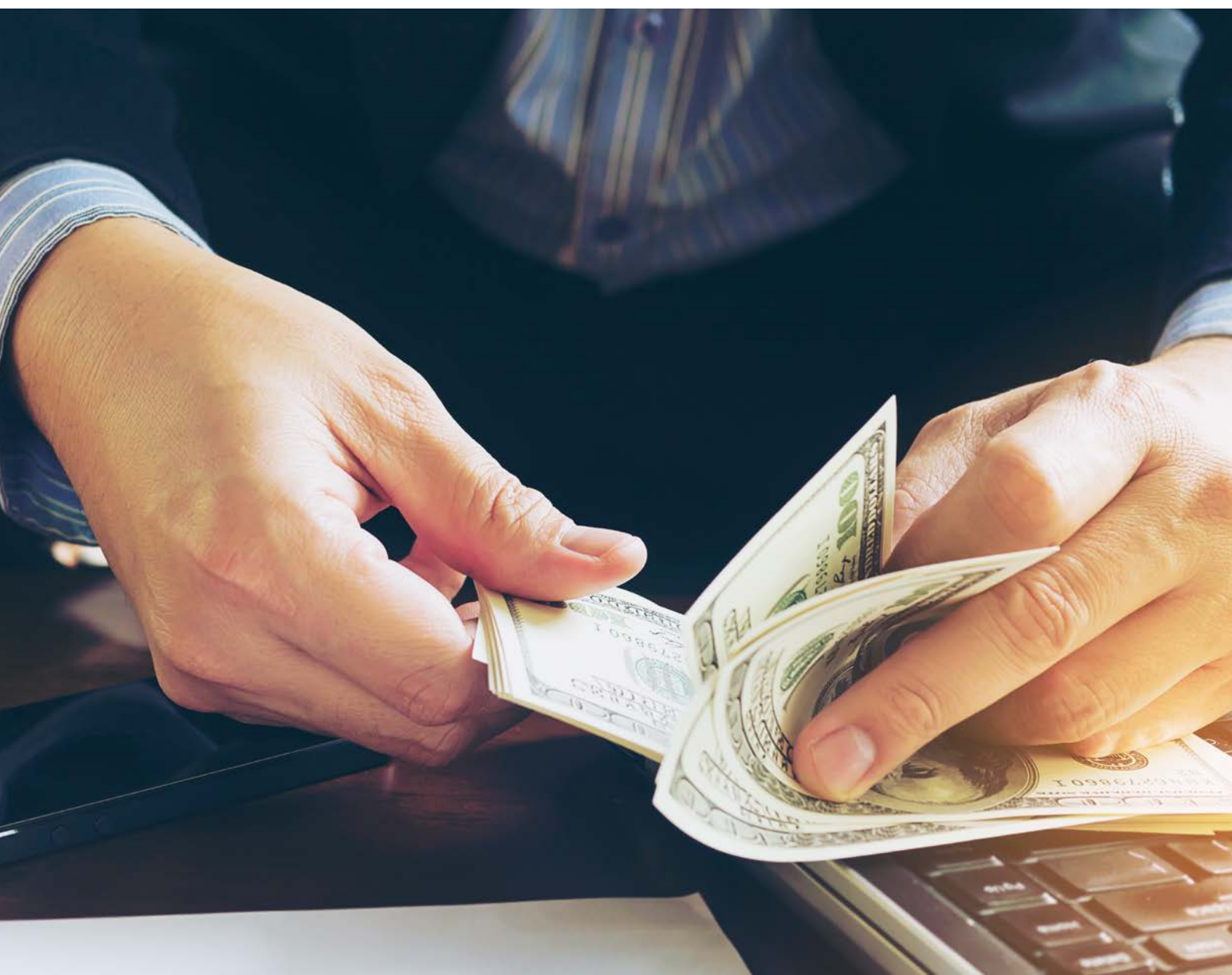
Box A.II Arrecadação de DARF por Fintechs¹

A Portaria MF nº 479, de 29/12/2000, que regulamenta o credenciamento de instituições para a prestação de serviços de arrecadação de receitas federais, referia-se apenas à habilitação de “instituições financeiras” para tal propósito, ignorando as chamadas “instituições de pagamentos”, dentre as quais se incluem as Fintechs (start ups tecnológicas de serviços financeiros).

Por tal motivo, a Receita Federal do Brasil (RFB) vinha utilizando apenas a rede bancária tradicional para a arrecadação de tributos federais pagos por meio do Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF), com o efeito de que as Fintechs não poderiam oferecer o serviço de recebimento de pagamento por DARFs de seus clientes, reduzindo a capacidade de concorrer de toda esta categoria de empresas (restrição A3).

Isso estabelecia uma barreira regulatória à concorrência, que prejudicava exatamente as instituições com maior potencial disruptivo no mercado de serviços financeiros. Como não podiam ofertar o serviço de pagamento de DARFs, os clientes das Fintechs tinham de ter contas também em um banco tradicional para usufruir desse serviço, prejudicando a posição concorrencial daquelas empresas.

Por iniciativa da SEAE, a RFB analisou o assunto e decidiu modernizar a Portaria MF nº 479/2000 por meio da Portaria ME no 13/2020. Com as alterações, as Fintechs, constituídas como instituições financeiras ou instituições de pagamento, passaram a fazer parte da rede de arrecadação de tributos federais, ofertando o serviço de pagamento de DARFs a seus clientes e equalizando sua posição concorrencial relativamente aos bancos tradicionais quanto a este serviço. Isto fortaleceu sua presença no mercado como uma plataforma one stop shop, na qual estão disponíveis diversos serviços financeiros (contas correntes, investimentos, seguros, previdência, pagamentos, etc).



Box A.III): Incentivos à concorrência no setor de Transporte Terrestre Interurbano e Internacional de Passageiros (Triip)²

O transporte rodoviário Interurbano e internacional de passageiros constitui-se em instrumento fundamental para a garantia da mobilidade da população brasileira para o deslocamento entre cidades em diferentes Estados e, em menor escala, entre o Brasil e países fronteiriços, que compõem o Mercosul.

Até o ano de 2012, o serviço era explorado por meio de permissões expedidas pelo Poder Concedente e tarifas reguladas, nos termos do Inciso IV do art. 13 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Posteriormente, com o advento da Lei nº 12.996, de 18 de junho de 2014, foi instituída a exploração dos serviços por meio de autorizações, com liberdade de preços e inexistência de barreiras à entrada (após o interregno de 5 anos). Introduziu-se, no entanto, uma potencial exceção a este regime de liberdade para os casos de “inviabilidade operacional”, nos termos do art. 47-A da Lei 10.233/01.

No processo de regulamentação do Triip, a Seae atuou buscando garantir a manutenção das diretrizes básicas instituídas pela Lei 12.996/14, notadamente a inexistência de barreiras à entrada de prestadores de serviços e a exploração dos serviços em regime de liberdade de preços. Em particular, buscou-se evitar que o conceito de “inviabilidade operacional” ensejasse barreiras regulatórias inadequadas (restrições do tipo A1).

Nesse contexto, por ocasião da proposta de edição de Resolução Regulatória sobre a matéria, em sede de Audiência Pública da ANTT (Audiência Pública ANTT nº 009/2019), houve de fato proposta de limitação regulatória de entrada para os casos de menor demanda quando se caracterizaria a chamada “concorrência ruínosa”.

A Seae criticou de forma veemente a tentativa de introduzir esta barreira regulatória à entrada. As únicas exceções admissíveis se dariam nos casos de inviabilidade operacional associados a limitações de caráter físico ou eventuais impedimentos legais na utilização de espaços públicos ou de instalações destinadas à operação dos serviços.

O entendimento da Seae subsidiou discussões intragovernamentais que culminaram com a edição da Portaria do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos nº 71, de 21 de agosto de 2019, que vedou a imposição de limites para o número de autorizações, exceto na hipótese de inviabilidade operacional, associada às limitações de natureza física acima mencionadas. Esta medida evitou, portanto, a introdução de uma indesejável restrição do tipo A1.



Box A.IV Introdução de Competição no Mercado de Refino de Petróleo

A indústria de refino de petróleo no país foi objeto de iniciativas de advocacia da concorrência por parte da SEAE. Embora haja amparo legal para participação da iniciativa privada no segmento, grande parte da capacidade instalada da indústria é controlada pela Petrobras (98,5%).

Esta empresa lançou um ambicioso programa de desinvestimento de refinarias, o que permitirá significativa privatização do parque do refino brasileiro, especialmente no norte/nordeste. No entanto, devido a peculiaridades do mercado de combustíveis nacional, em especial a falta de infraestrutura de transporte de combustíveis que permita a contestação do exercício de poder de mercado pelo novo comprador, é preciso evitar que a venda de refinarias resulte em ambiente propício para o exercício de poder de mercado. Estaria apenas se trocando um monopólio nacional por monopólios regionais. A SEAE apoiou o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) que, por meio da Resolução CNPE nº 09, de 09 de maio de 2019, incluiu a concorrência nos aspectos a serem considerados neste processo de alienação de refinarias da Petrobrás.

A Resolução CNPE nº 09/2019 traz orientações para que este processo favoreça a entrada de mais agentes e viabilize a concorrência neste mercado. Entre as orientações, destacam-se: i) a alienação concomitante de refinarias e respectivos ativos de infraestrutura necessários para a movimentação de seus insumos e produtos; ii) a transferência de refinarias potencialmente concorrentes para grupos econômicos distintos; iii) a transferência de ativos de refino sem a manutenção de participação societária do alienante nesses empreendimentos; e iv) a transferência de ativos de movimentação de insumos e produtos preferencialmente para grupos econômicos desverticalizados.

Em convergência com as novas diretrizes do CNPE, foi firmado Termo de Compromisso de Cessação de Prática – TCC entre CADE e Petrobras neste setor do refino. A estatal se comprometeu a seguir uma série de compromissos de desinvestimento pró-concorrenciais no mercado de refino. Entre os compromissos, ressaltam-se os seguintes: i) compradores dos ativos não podem ter vínculo com o Sistema Petrobras; ii) refinarias potencialmente concorrentes não podem ser adquiridas por um mesmo grupo econômico; iii) publicação de teaser até 31/12/2019 (compromisso cumprido), assinatura dos contratos de compra e venda até 31/12/2020 e fechamento das operações de venda até 31/12/2021; e iv) contratação de um Trustee de monitoramento.

Esta ação evita a reconstituição do poder de mercado prévio no setor de refino, facilitando a entrada, o que seria o inverso da restrição A4.

Quadro 4: Restrições Tipo B - Limite à capacidade das empresas de competirem entre si

Subtipo da Restrição B	Comentário
B1 - Limite à capacidade das empresas de definirem preços de bens ou serviços	Quando o governo estabelece preços mínimos, as empresas que podem praticar preços ainda mais baixos são impedidas de conquistar mercado pela oferta de propostas economicamente mais vantajosas aos consumidores. Da mesma forma, quando o governo estabelece um limite máximo de preços pode levar à redução substancial dos incentivos à inovação e à oferta de produtos novos e/ou de maior qualidade. Preços máximos podem servir também como um sinalizador e tornam mais fácil aos potenciais concorrentes se coordenar para alinhar os seus preços de modo a se manterem sempre próximos ao preço máximo. O governo pode acabar se transformando em um maestro do cartel.

<p>B2 - Limite à liberdade das empresas na realização de publicidade e marketing de bens ou serviços</p>	<p>A regulamentação que impõe limites à publicidade ou ao marketing de bens e serviços tem como um de seus objetivos impedir a publicidade falsa ou enganosa. Por vezes, as restrições em matéria de publicidade pretendem limitar a publicidade de bens e serviços com um valor social negativo como cigarros, bebidas ou propagandas voltadas a grupos vulneráveis como crianças. Restrições desta natureza, desde que circunscritas de forma a não se tornarem demasiado abrangentes, podem ter benefícios sociais. Contudo, em muitos casos, as restrições à publicidade e ao marketing são demasiado amplas e limitam indevidamente a concorrência por diferenciação do produto pela propaganda, assim como a divulgação de preços e promoções. Este tipo de restrições é prejudicial sobretudo para novos participantes potenciais no mercado, na medida em que ficam impedidos de informarem livremente os consumidores sobre a sua presença no mercado, e sobre a natureza e a qualidade dos bens e serviços que propõem oferecer.</p>
<p>B3 - Fixação de padrões de qualidade que beneficiam apenas algumas empresas ou que excedem o nível que seria escolhido por consumidores bem informados</p>	<p>O estabelecimento de normas de qualidade mínima para determinados tipos de produtos, frequentemente, tem objetivos válidos, como a segurança do consumidor. No entanto, se determinados consumidores preferirem custos mais baixos a uma maior segurança, e, na ausência de externalidades negativas, a necessidade da norma uniformizadora torna-se menos clara. O bem-estar dos consumidores pode ser afetado por tais normas, na medida em que isto os impede de adquirir produtos mais baratos de sua preferência, quando devidamente informados sobre os riscos associados. Tais normas penalizam pequenos entrantes que podem se ver incapazes de se adequar aos padrões exigidos e assim reduzem a concorrência no mercado.</p>
<p>B4 - Aumento significativo do custo de produção de algumas empresas, particularmente dando um tratamento diferente às empresas estabelecidas no mercado (incumbentes) do tratamento dado às entrantes</p>	<p>Uma fonte desta assimetria de custos é a regulação de “comando e controle” que exija, desnecessariamente, o uso de um determinado tipo de tecnologia de produção, já adotada pelos incumbentes, em detrimento de outro com maior possibilidade de ser adotada pelos entrantes. Existem também casos onde são dados às firmas incumbentes uma isenção ou um relaxamento da necessidade de adequação a novas regulações. Frequentemente essas regulações aumentam os custos de potenciais entrantes, distorcendo a concorrência</p>



Seguem abaixo nos boxes, casos concretos com atuação da SEAE no tipo de restrição “B”.

Box B.I Detran (Departamentos Estaduais de Trânsito) e Auto-Escolas

A Seae tem apresentado recomendações para o setor de autoescolas ou Centros de Formação de Condutores (CFCs) junto aos órgãos de trânsito estaduais relacionadas a normas ou regulamentos que restringem a concorrência. O mercado de CFCs possui características de um mercado competitivo se não houver intervenções indevidas dos estados limitando a concorrência. Não é possível identificar barreiras à entrada significativas, sobretudo de cunho econômico, com baixa necessidade de dispêndio de capital para entrar no mercado.

A Seae identificou três categorias de problemas para a concorrência nas regulações estaduais e, portanto, lesivas aos consumidores, relacionadas às normas ou regulamentos da atividade de CFCs: (i) fixação ou tabelamento de preços dos serviços prestados pelos CFCs (restrição B1); (ii) restrição do número de CFCs (restrição A1); e (iii) vedação ao uso de vendas coletivas e promoções via internet (restrição B2).

Os Detrans ou órgãos estaduais de trânsito têm utilizado justificativas de que o setor é caracterizado por práticas predatórias de preços, o que torna necessária a adoção de normas infralegais complementares para evitar danos aos consumidores. A SEAE sempre refutou de forma veemente tais premissas acerca de comportamento predatório. Ainda que isso fosse verdadeiro, caberia denúncia ao CADE para investigar a conduta e não a adoção de regulamentos estaduais que restringem a concorrência.

A Seae recomenda para os Detrans estaduais: (i) permitir liberdade de preços entre os CFCs, de forma que os preços sejam determinados pelo mercado (evitar restrição B1); (ii) facilitar a entrada de novas empresas no mercado de CFCs, permitindo o credenciamento sem qualquer tipo de restrição do número de participantes (evitar restrição A1); (iii) não proibir que as empresas de CFCs possam participar de sites de venda coletivas ou qualquer tipo de promoções, de modo que eventuais abusos sejam tratados pelos canais já disponíveis para os consumidores (evitar restrição B2).

Para exemplificar este tipo de prática, temos o caso da Portaria nº 1.406/2012 (Detran de Rondônia³), estabelecendo normas relativas à concessão e renovação de credenciamentos e serviços prestados pelos CFCs e seus profissionais. Entre as normas da Portaria, havia a determinação de que municípios com até 8 mil eleitores só poderiam contar com um CFC, enquanto municípios com mais de 8 mil eleitores, após o credenciamento de um CFC, só poderiam credenciar outros para cada novos 8 mil eleitores. A SEAE não identificou justificativa econômica a essas normas, observando indícios de danos à concorrência e ao bem-estar do consumidor, recomendando a remoção de tais regras.

Box B.II Fixação de Piso Salarial de Médicos e Dentistas

O Projeto de Lei nº 765 de 2015 previu um aumento do piso salarial para médicos e cirurgiões dentistas de R\$ 2.994,00, para R\$ 10.513, incorrendo na restrição B1. Não foram dadas informações suficientes nem para estabelecer a existência de um problema e nem para justificar o novo valor previsto.

A definição de pisos salariais para diversas categorias é usualmente justificada como uma forma de assegurar uma remuneração mínima digna para a profissão. A consequência é a possibilidade de tornar o preço mais alto para os consumidores, especialmente os mais pobres que tendem a considerar mais a variável “preço” em suas escolhas.

Box B.III Distribuição Obrigatória de Set-Top Box Híbrido⁴

A proposta constante da Consulta Pública nº 03/2016, da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), que tratava de alteração do Regulamento do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC), imputa às prestadoras deste serviço (TV por assinatura) na tecnologia DTH (“Direct to Home”) a obrigação de instalar na casa dos assinantes a Unidade Receptora e Decodificadora – URD (set-top box híbrido ou simplificada caixa híbrida).

A proposta imputaria elevados custos de adequação (compliance) somente sobre as prestadoras que empregam a tecnologia DTH (“Direct to Home”) e não sobre as prestadoras de TV a cabo no SeAC, o que provocaria uma forte assimetria competitiva contra as operadoras de DTH. Neste caso, pode-se dizer que a proposta regulatória em análise configuraria uma restrição do tipo B4, A ANATEL acabou decidindo pela não obrigatoriedade das empresas de DTH de fornecerem a caixa híbrida para recepção dos canais abertos locais, evitando esta distorção do processo concorrencial.

Box B.IV: Incentivos à concorrência no setor de transporte marítimo de cabotagem

A navegação de cabotagem é modal de transporte aquaviário de cargas com grande potencial de desenvolvimento no Brasil em função da extensão da costa brasileira (cerca de 7,4 mil km) e da concentração da atividade econômica próximo à costa (80% da população concentrada numa faixa de 200 km do litoral). Some-se a isso o fato de que se trata de um meio de transporte menos poluente e que apresenta um baixo número de acidentes. Esse modal responde por cerca de 11% da carga movimentada no país, podendo chegar, segundo projeções da Empresa de Planejamento e Logística (EPL), a 14% do transporte de cargas gerais em 2025.

O setor de cabotagem apresenta barreiras regulatórias à entrada e à forma de constituição de frota, contando com uma política de privilegiar os navios produzidos em estaleiros nacionais.

Nesse sentido, foi muito bem-vinda a proposta do Ministério de Infraestrutura (MINFRA), denominada de “BR do MAR”, com o objetivo de flexibilizar as barreiras do setor.

A SEAE realizou várias discussões com aquele ministério para aperfeiçoar os mecanismos propostos na BR do MAR. Na discussão, acabou-se chegando a um consenso que resultou em medida de redução do imposto de importação sobre a aquisição de embarcações novas (de 14% para zero). São dois os pontos de destaque da BR do MAR:

- uma empresa poderá ser autorizada a operar atuando apenas com embarcações afretadas (ou “alugadas”), de forma que não será necessário aplicar elevado CAPEX na aquisição de embarcações próprias para fazer jus à autorização; e
- as hipóteses de “afretamento a tempo”, sem suspensão da bandeira estrangeira, foram ampliadas, conferindo maior flexibilidade à operação do setor. Estas medidas, se aprovadas pelo Congresso, permitirão remover barreiras aos entrantes consistente à mitigação da restrição B4.



A indústria de gás natural no Brasil foi objeto de um conjunto de iniciativas no âmbito do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) com o intuito de promover a concorrência no setor, que contou com a participação da SEAE. A partir de uma governança do setor baseada no quase monopólio do setor pela Petrobras, a intenção foi realizar uma transição para um modelo competitivo.

O CNPE, através da Res. nº 16 de junho de 2019, estabeleceu diretrizes e medidas de aprimoramento de políticas energéticas direcionadas ao mercado de gás natural, as quais incluíram: i) acesso não discriminatório às infraestruturas essenciais, ii) definição dos pontos de injeção e retirada de gás na rede de transporte de forma a facilitar identificação da capacidade disponível do gasoduto, iii) independência do agente de transporte em relação aos demais elos da cadeia para evitar discriminação de agentes não verticalizados, iv) recomendações e incentivos para que os outros entes federativos aprimorem governança regulatória e concorrência (Programa de Equilíbrio Fiscal – PEF e o Programa de Fortalecimento das Finanças Estaduais - PFE), v) recomendações para a criação de condições para facilitar a participação de empresas privadas na oferta de gás importado em condições competitivas, vi) medidas de fomento à exploração e produção de gás natural em terra, bem como vii) o monitoramento da implementação das ações necessárias à abertura do mercado de gás natural pelas instituições competentes.

Em paralelo, a Petrobras também já conduzia seu plano de desinvestimentos, anunciado em meados de 2016, com a venda de seus ativos de transporte de gás natural, tendo alienado 90% da NTS e da TAG. Em acordo com o CADE, a empresa assinou um TCC (Termo de Cessação de Conduta), já tendo como referência as recomendações do CNPE. O TCC definiu uma estratégia de desverticalização mais agressiva do setor, determinando ao agente dominante, a Petrobrás, que vendesse a participação residual (10%) nos gasodutos NTS e TAG, bem como alienasse os restantes 51% da TBG, o que representa a saída completa da Petrobrás do elo do transporte de gás.

Um detalhe da alienação anterior dos 90% da NTS e da TAG foi que a Petrobrás continuaria como carregador único do gás nestes gasodutos ainda por um bom tempo. Ou seja, a Petrobras havia transferido a propriedade, mas não plenamente o direito de propriedade no uso dos gasodutos. O acordo com o CADE avançou no compromisso de a Petrobras abrir mão desta exclusividade, assegurando a desverticalização. Ademais, o acordo incluiu acesso não discriminatório aos gasodutos de escoamento e às Unidades de Processamento de Gás Natural (UPGN).

Com base nesses acontecimentos o Governo Federal lançou o Novo Mercado de Gás (NMG) tendo como base as diretrizes estabelecidas pelo CNPE e, na sequência, publicou o Decreto 9.934 de julho de 2019, instituindo o Comitê de Monitoramento da Abertura do Mercado de Gás Natural, com a finalidade de monitorar a implementação das ações necessárias à abertura do mercado e propor eventuais medidas complementares ao CNPE.

Na sequência, o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ aprovou o ajuste SINIEF 17 de outubro de 2019, que concedeu tratamento diferenciado às operações de circulação de serviços de transporte de gás natural por meio de gasoduto, facilitando a tributação do insumo e viabilizando o modelo de comercialização Entrada-Saída. Este modelo é condição necessária para viabilizar a identificação de capacidade disponível nos gasodutos de transportes que poderá ser alocada para carregadores entrantes no setor.

Em 2017, o Conselho Federal de Contabilidade (CFC) submeteu à consulta pública a minuta da Norma Brasileira de Contabilidade Profissional Geral, que estabelece o Código de Ética Profissional do Contador. A SEAE constatou potenciais efeitos anticoncorrenciais, uma vez que a norma restringia a capacidade de os profissionais de contabilidade estabelecer preços considerados muito inferiores ao praticado pelos demais profissionais (restrição do tipo B1), vedando ainda a possibilidade desses profissionais anunciar, em qualquer modalidade ou veículo de comunicação, o valor de seus serviços (restrição do tipo B2). A SEAE concluiu que essas restrições poderiam se manifestar em uma menor rivalidade no mercado de contabilidade, com consequências sobre a formação de preços e redução da variedade e qualidade dos serviços ofertados.

Quadro 5: Restrições Tipo C – Diminuição do Incentivo das Empresas a Competir

Subtipo da Restrição C	Comentário
C1 - Estabelecimento de um regime de autorregulação ou de correção com características anticompetitivas	<p>A autorregulação ocorre quando uma associação setorial ou profissional assume a regulação do comportamento dos seus membros, sem a intervenção do governo (embora, frequentemente, com o seu encorajamento). Por outro lado, sempre que o governo presta apoio à elaboração de normas por associações setoriais/profissionais é aplicado o termo correção. A autorregulação e a correção podem gerar benefícios significativos por contar com o insumo da informação dos agentes diretamente envolvidos com o negócio. Ademais, pode garantir uma qualidade técnica apropriada que permite padronizações que reduzem problemas referentes à assimetria de informação do consumidor.</p> <p>No entanto, este tipo de regulamentação também pode ter efeitos anticoncorrenciais ao limitar o espaço de diferenciação do produto e privilegiar as tecnologias dos incumbentes. Acresce que requisitos de qualificação indevidamente exigentes podem (ou serem “calibrados” para) reduzir a entrada de novos operadores no mercado.</p>
C2 - Exigência ou encorajamento à publicação de informação sobre as quantidades de produção, preços, vendas ou custos de empresas	<p>Toda regulamentação impondo aos operadores de um mercado a publicação de dados sobre os seus preços e níveis de produção correntes pode contribuir para a formação de cartéis. Isto ocorre dado que um dos requisitos chave para o funcionamento dos cartéis é a possibilidade de que seus participantes possam monitorar de forma eficaz o comportamento de mercado dos seus concorrentes.</p> <p>De outro lado, medidas que requeiram a publicação de dados sobre preços e quantidades de produção também podem melhorar o nível de informação do consumidor e melhorar a eficiência dos mercados. As estatísticas agregadas reduzem a probabilidade de que os dados sejam utilizados para a formação de cartéis relativamente ao que seria com as estatísticas específicas de cada empresa. Da mesma forma, as estatísticas históricas são menos prejudiciais do que as contemporâneas. Isto porque as estatísticas históricas fornecem informações pouco úteis para o monitoramento do comportamento de cada empresa no âmbito de arranjos de cartéis⁶.</p>
C3 - Isenção da atividade de um determinado setor ou de um grupo de empresas da aplicação da lei geral de concorrência.	<p>Em muitos países, determinados setores econômicos se beneficiam de exceções na aplicação da legislação geral de concorrência. Em alguns casos, estes setores estão sujeitos às suas próprias normas de concorrência. Noutros casos, não há sequer restrições à adoção de comportamentos anticoncorrenciais. As exceções à legislação de concorrência criam o risco de formação de cartéis, abusos de preços e concentrações anti-concorrenciais.</p>

Seguem abaixo nos boxes, casos concretos com atuação da SEAE no tipo de restrição “C”.

Box C.I Regimes de Autorregulação como Mecanismos de Restrição da Concorrência⁷

Em 1988, as companhias Allied Tube e Conduit Corp moveram processo antitruste contra a Indian Head Inc. Nesse processo, a Allied Tube definiu normas uniformizadoras de tubagem de aço para cabos elétricos em edifícios, que foram incorporadas em códigos de segurança pelos governos locais. Uma empresa nova no mercado ofereceu tubagem de plástico de alta qualidade e mais rentável, mas os fabricantes de tubagem de aço votaram contra o novo concorrente na reunião anual da associação. A ação judicial conjunta da associação prevaleceu, resultando na emergência de uma clara barreira a novos negócios nesse mercado.

Em 2006, por meio de revisão da norma NBR 12655, referente ao preparo, controle e recebimento do concreto, a ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) introduziu no texto da norma uma definição de “concreto” que afetou a competitividade das concreteiras independentes. Na medida em que restringia sua liberdade operacional para a adição de aditivos ao cimento, as concreteiras teriam uma redução do escopo de aquisição dos diversos tipos de cimento à sua disposição.

Em ambos os casos, foram efetivadas restrições do tipo C1.

Box C.II Open Banking⁸

No Open Banking, ou Sistema Financeiro Aberto, é possível compartilhar dados cadastrais e transacionais dos tomadores de crédito ou seja, todas as suas informações de relacionamento com as instituições financeiras. Nesse novo sistema, os dados bancários de cada correntista, com seu histórico de crédito, transações etc, passam a ser do próprio cliente e não da instituição financeira.

A principal fonte de poder de mercado das instituições financeiras são as informações exclusivas que elas possuem de seus correntistas, especialmente as que revelam sua confiabilidade como bons pagadores das respectivos compromissos. Nesse contexto, a possibilidade de ter seus dados analisados por outra instituição financeira quebra esta fonte de poder de mercado, ampliando o leque de escolhas dos tomadores de crédito para empréstimos e outras operações, contribuindo positivamente para o aumento da concorrência dos bancos pelos clientes.

O Banco Central optou inicialmente por um modelo no qual ficariam “a cargo das próprias instituições participantes a padronização tecnológica e de procedimentos operacionais, os padrões e certificados de segurança e a implementação de interfaces”, sinalizando um mecanismo de autorregulação do mercado.

A Seae na consulta pública ressaltou, contudo, que há limites ao alcance ideal da autorregulação, pois na medida em que aumenta a cooperação e coordenação entre os participantes de uma indústria, ela gera questionamentos sobre a possível facilitação da adoção de condutas anticoncorrenciais como argumentado no quadro acima: fixação de preços, criação de barreiras à entrada ou coordenação de condições de competição em uma ou mais dimensões (qualidade, campanhas promocionais, prazo de pagamento, segurança, velocidade de processamento, etc). Uma autoregulação bem sucedida que não enseje estes resultados ruins, de fato, exige um maior grau de maturidade regulatória, o que indica cautela em sua adoção, Assim, uma tal arquitetura regulatória poderia ensejar uma restrição do tipo C1.

Dessa forma, a SEAE sugeriu que o Banco Central utilizasse o conceito de correção, o qual estipula de início a participação do órgão regulador como guardião de determinados objetivos da política pública, de modo a garantir o equilíbrio competitivo entre os agentes de mercado. De fato, o Banco Central do Brasil acabou por propor atos normativos relativos ao Open Banking mais próximos à correção, embora não use este termo explicitamente. Tal medida limita a possibilidade de que o open banking seja utilizado de maneira indevida para ações anticompetitivas.

Box C.III Preço Focal em Produtos para Saúde⁹

A Tomada Pública de Subsídios nº 02/2019 da ANVISA propôs a revisão da Resolução nº 186/2006, que estabelecia a necessidade de Relatório de Informações Econômicas no registro ou na revalidação de produtos para a saúde.

O problema regulatório principal aqui é a assimetria de informação do consumidor em relação à qualidade dos produtos, uma das causas diretas das disfuncionalidades do mercado de produtos para a saúde.

Cabe ressaltar que para os chamados “produtos de saúde”, diferente dos medicamentos, não há necessidade de estudos de comparabilidade e equivalência. Isso torna o problema de assimetria de informação sobre as possibilidades de substituição e o diferencial de qualidade entre os produtos de saúde particularmente proeminente: O consumidor paciente tem enormes dificuldades em avaliar se o preço que está pagando por um determinado produto da saúde é justificado pela qualidade que ele realmente tem e se é possível a substituição por outro(s).

A proposta da Anvisa foi avaliada em relação à possibilidade de uma restrição do tipo C2 no sentido de se averiguar se a publicação de preços dos produtos desse setor estimularia a colusão entre empresas e o alinhamento de preços.

A SEAE sugeriu à Agência o aprofundamento da discussão e a apresentação de medidas complementares que mitigassem o risco desta publicação de preços induzir cartelização.

Quadro 6: Restrições Tipo D - Limite às Escolhas do Consumidor e às Informações Disponíveis

Subtipo da Restrição D	Comentário
D1 - Limite à capacidade dos consumidores de escolherem a empresa à qual adquirir um bem ou serviço	<p>O governo pode limitar transações com agentes os quais não considera cumprir requisitos mínimos. Esta limitação pode estar endereçando problemas de assimetria de informação dos consumidores. Por exemplo, quando o Estado proíbe que alguém que não seja advogado forneça serviços jurídicos ou alguém que não seja médico ofereça serviços de saúde próprios a indivíduos formados em medicina</p> <p>A necessidade de o próprio Estado intervir na decisão do consumidor de contratar alguém que pode não estar equipado para produzir o bem ou realizar o serviço para o qual foi contratado pode derivar de uma possível falta de informação do consumidor médio nestas transações.</p> <p>No entanto, o problema de falta de informação do consumidor pode estar sendo superestimado pelo Estado em alguns casos, o que reduz a concorrência indevidamente.</p>
D2 - Redução da mobilidade dos consumidores entre empresas de bens ou serviços, através do aumento dos custos explícitos ou implícitos de alteração do serviço (switching costs)	<p>Os custos de substituição podem resultar de contratos de longa duração ou da vinculação de bens a uma determinada empresa. Isto pode tornar a sua substituição inconveniente, como acontecia quando um número de telefone ficava vinculado a um determinado operador de telecomunicações antes da regulação de portabilidade. Isso torna a entrada de novos concorrentes menos atrativa, já que o custo para conquistar clientes de concorrentes pode se mostrar excessivo.</p>

D3 - Alteração substancial da informação necessária para que os consumidores possam adquirir bens e serviços de forma eficaz

Sempre que os governos desregulam e criam mercados previamente inexistentes, os consumidores são chamados a fazerem escolhas entre produtos nunca antes adquiridos. Um exemplo deste tipo de situações é quando se abre a possibilidade aos consumidores de energia elétrica de adquirirem eletricidade de outros agentes que não o então monopolista. No entanto, quando é dado aos consumidores o direito de selecionar a sua empresa num novo mercado, pode ser difícil avaliar as ofertas e distinguir as boas das más empresas. Caso a informação disponibilizada se mostre insuficiente, reclamações de consumidores podem levar a intervenções que atrasam ou mesmo inviabilizam reformas que promovam a concorrência.



Segue abaixo no box, caso concreto com atuação da SEAE no tipo de restrição “D”.

Box D.I Limites e proibição de Taxas dos serviços de conveniência¹⁰

A Seae analisou a decisão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de “proibir a cobrança de taxas de serviços de conveniência” na venda de ingressos, pela internet, para shows e eventos em geral, referente ao caso da empresa Ingresso Rápido, uma restrição dos tipos D1, D3 e B1.

A análise da SEAE teve o propósito de subsidiar o STJ, como *amicus curiae*.

Além da proibição da cobrança, outros aspectos também foram abordados, tais como a determinação de uma taxa máxima de 10% sobre o valor do ingresso, conforme prevista na legislação do Estado do Rio de Janeiro.

A Seae entendeu que a proibição (de forma generalizada) da cobrança dos serviços de conveniência compromete indevidamente o funcionamento do mercado.

Presume-se que, caso houver uma infração de fato, outras penalidades poderiam ser imputadas ao infrator, tanto nos casos atinentes ao Direito do Consumidor (pelo Sistema de Defesa do Consumidor), quanto nos casos de eventuais abusos de poder de mercado (pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE).

Sendo assim, a Seae sugeriu as seguintes medidas:

- (i) Não proibir a cobrança pelos serviços de conveniência;
- (ii) Não estabelecer uma taxa máxima pelos serviços;
- (iii) Exigir que os prestadores de serviços informem aos consumidores, de maneira transparente, quais são os serviços que estão sendo opcionalmente oferecidos, não podendo haver cobrança sem a prestação do serviço correspondente;
- (iv) Manter sempre a opção da compra presencial (ou no local do evento ou em algum ponto da cidade onde ocorrerá o evento e que seja de fácil acesso aos consumidores);
- (v) Preferencialmente, o valor a ser cobrado pelos serviços de conveniência deve ser do tipo “ad-rem” e não uma taxa sobre o valor de face dos ingressos (“ad-valorem”);
- (vi) Sempre que possível tecnicamente, os sistemas de vendas de ingresso pela internet precisam viabilizar (tornar disponível) a impressão do ingresso a partir de impressoras localizadas em qualquer lugar, conforme interesse do consumidor;
- (vii) Na hipótese de não haver possibilidade de impressão do ingresso (por exemplo, nos casos em que o ingresso já está impresso e não pode ser reproduzido por questões de segurança), o serviço de conveniência deve incluir a entrega do ingresso em domicílio.

As restrições à competição identificadas acima constituem as formas mais encontradas na experiência internacional de advocacia da concorrência nos países da OCDE. A lista não é exaustiva, mas já provê uma compreensão bastante completa de como identificar restrições desnecessárias à concorrência quando introduzidas pelo próprio Estado.

Importante ressaltar que o checklist da OCDE guarda semelhanças à caracterização do “abuso do poder regulatório” realizada no art. 4º da Lei de Liberdade Econômica, Lei 13.874, de 2019. A relação entre as vedações a tais abusos e o checklist da OCDE acima está no quadro a seguir.

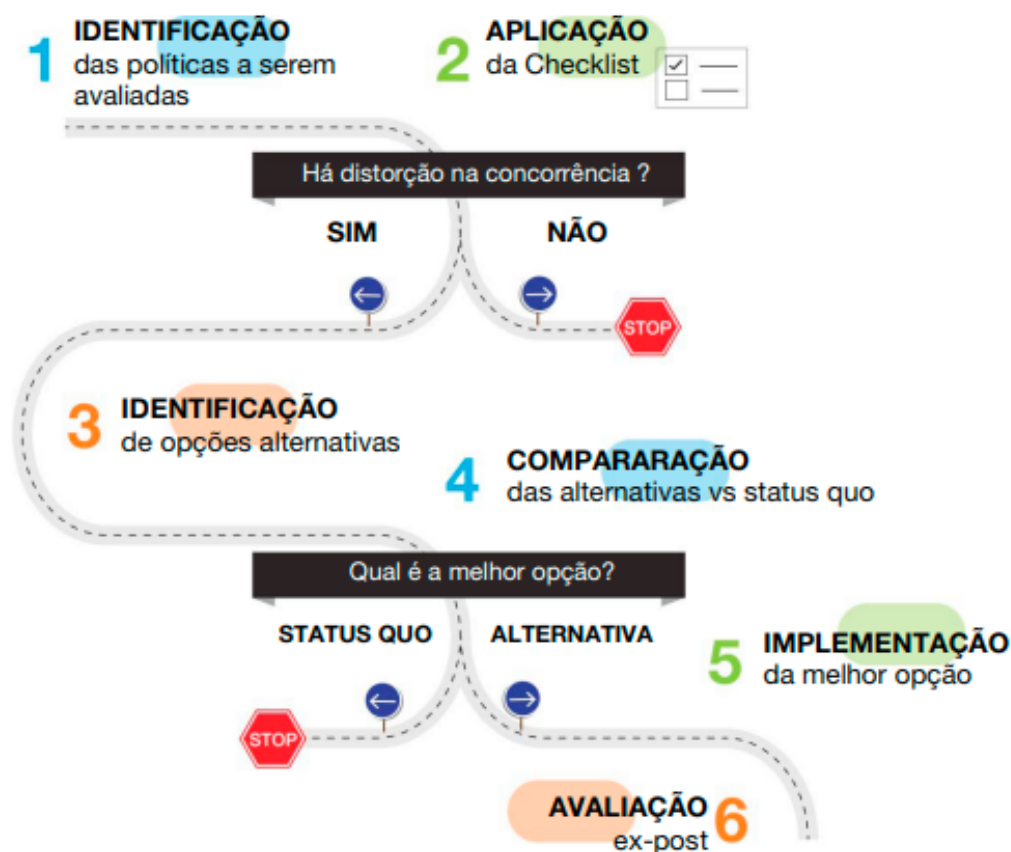
Quadro 7: Lei da Liberdade Econômica e Toolkit da OCDE

Dispositivo da Lei de Liberdade Econômica	Check List de Itens de Advocacia da Concorrência do Toolkit da OCDE
A criação de reserva de mercado (inciso I)	A1 – Concessão de direitos de exclusividade a fornecedor para prover bens ou serviços
A redação de enunciados que impeçam a entrada (inciso II) de concorrentes nacionais e estrangeiros (em geral, os mais afetados)	A3 – Limitar a capacidade de alguns fornecedores de ofertar bens ou serviços A5 – Criar uma barreira geográfica para empresas que ofertam bens, serviços ou trabalho ou investem capital
A formulação regulatória de especificações técnicas não necessárias para o fim desejado (inciso III), que usualmente privilegiam grupos específicos;	B3 – Definir padrões para a qualidade do produto que gera uma vantagem a alguns ofertantes sobre outros, ou acima do nível que usuários bem informados escolheriam.
A redação de enunciados que impeçam ou retardem inovações (inciso IV), o que usualmente retarda a emergência de novos concorrentes. Em geral, a definição prévia de padrões tecnológicos dificulta a introdução de novas tecnologias e, portanto, a entrada de novos players com tecnologias disruptivas.	B3 – Definir padrões para a qualidade do produto que gera uma vantagem a alguns ofertantes sobre outros, ou acima do nível que usuários bem informados escolheriam.
O aumento de custos de transação sem demonstração de benefícios (inciso V);	A4 – Aumentar significativamente os custos de entrada ou saída de um fornecedor
A criação de demanda artificial de produto, inclusive pela criação de burocracias desnecessárias com o uso de cartórios, registros ou cadastros (inciso VI), o que encarece sobremaneira a atividade produtiva brasileira.	-
A introdução de limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas, evitando restringir a formação de novos concorrentes (inciso VII)	A2 – Estabelece uma licença, permissão ou autorização como requisito de operação
A restrição do uso e exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, dado que em vários segmentos onde a marca é um ativo concorrencial importante, a estratégia de entrada baseada em publicidade e propaganda é chave para contestar os incumbentes (inciso VIII)	B2 – Limita a Liberdade de ofertantes em fazer propaganda e comercializar seus bens ou serviços.

Note-se que, em alguns casos, as restrições à concorrência podem gerar benefícios, especialmente quando permitem corrigir outras falhas de mercado como a assimetria de informação. Nas restrições de exclusividade pertencente ao tipo I é, em geral, mais difícil encontrar benefícios que compensem os custos da política. No caso de autoregulação e correção pertencentes ao tipo III as possibilidades de benefícios compensadores dos custos são maiores.

Com base na Checklist, é possível que apenas uma pequena parte das normas seja detectada como tendo potencial para restringir indevidamente a atividade do mercado. A OCDE propõe um algoritmo simples de análise de compliance concorrencial das políticas públicas baseadas neste checklist. Primeiro, identifica-se a política a ser avaliada, segundo aplica-se o checklist e indaga-se se há ou não distorção à competição. Se houver problema na concorrência, passa-se à identificação de alternativas para atingir o objetivo da política. Comparam-se as alternativas com a política avaliada de forma a decidir sobre a melhor opção. Se a decisão for pela alternativa, realiza-se uma avaliação ex-post da nova política. A figura 1 apresenta as etapas da avaliação de concorrência das políticas a serem avaliadas.

Figura 1. Etapas da avaliação de concorrência



Considerações Finais

A supressão da concorrência em determinados setores pelo Estado é parte integrante da história econômica do Brasil. Como mostra Jorge Caldeira (2018)⁶, em 1649, foi criada pelo estado português a Companhia Geral do Estado Brasil para a qual garantiu-se um monopólio, expulsando os comerciantes menores da rota. Como resultado deste monopólio, aumentaram os preços das mercadorias metropolitanas para o Brasil e diminuíram os pagamentos para os produtores locais, além de queda na frequência das viagens no comércio metrópole e colônia. Nada diferente do que se espera com este tipo de intervenção. Já o tabaco foi transformado em monopólio/monopsônio da Coroa em 1675 com queda nas exportações de 100 mil para 80 mil arrobas em 1690 e queda no preço pago pelo monopolista régio aos produtores de 2 mil-réis por arroba em 1674 para 1,2 mil réis em 1700.

Outras iniciativas de restrição à concorrência continuaram influenciando as relações comerciais do Brasil, gerando não apenas perdas de bem-estar dos cidadãos brasileiros como tensões sociais. As restrições desnecessárias à concorrência impostas pelos governos são, frequentemente, fruto do chamado “capitalismo de laços”. Este último, segundo Lazzarini (2008)⁷, representa um emaranhado de contatos, alianças e estratégias de apoio gravitando em torno de interesses políticos e econômicos. Constitui modelo assentado no uso de relações para explorar oportunidades de mercado ou para influenciar determinadas decisões de interesse pelo governo.

6 Caldeira, J. História da Riqueza no Brasil. 2018.

7 Lazzarini, S.: Capitalismo de Laços. Elsevier/Campus. 2008.

Não raro a parte governamental incluí restrições à concorrência. Nesse sentido, a missão da “advocacia da concorrência” representa, ao fim e ao cabo, um desafio a um dos “produtos” fundamentais do “capitalismo de laços”: a restrição estatal à concorrência. A operação Lava Jato, que representa a quintessência do lado sombrio do capitalismo de laços, contou com restrições à concorrência para fornecimento de insumos e serviços à Petrobrás no intuito de gerar as rendas de cartel que acabaram por alimentar financeiramente as campanhas de partidos e políticos. Esta possibilidade de “parceria” nefasta entre o público e o privado traz consequências muito além da ineficiência econômica: corrói as próprias bases da democracia, destruindo as liberdades política e econômica do país.

Para a missão da advocacia da concorrência ser bem sucedida, não pode ser naturalmente enfrentada apenas pelos dois órgãos do SBDC, SEAE e CADE. É preciso que a métrica da concorrência (e os custos correspondentes por sua supressão) seja considerada de forma recorrente em todas as decisões regulatórias nas administrações direta e indireta, incluindo agências reguladoras. Por isso que o gestor público e os agentes negativamente afetados pelas restrições à concorrência é que são os principais destinatários dessa cartilha.

A contínua promoção da “cultura da concorrência”, considerada uma das pedras angulares da ação da SEAE, nos setores público e privado permanece como elemento chave para a consecução deste objetivo de elevar a ideia de defender e promover a concorrência ao primeiro plano da estrutura mental do processo decisório dos formuladores de política brasileiros.

Por fim, apesar de a SEAE ser o órgão que zela pela concorrência nas políticas públicas, é sempre importante insistir que isto não constitui um fim em si próprio. Como já dito, há outras falhas importantes do mecanismo de mercado como externalidades e assimetria de informação. Algumas vezes, a correção destas falhas pelo Estado poderá resultar em alguma atenuação do processo concorrencial. Mas não se pode ter ilusões: não é infrequente que os Estados utilizem este “álibi” de outras falhas de mercado para favorecer os agentes que estejam bem inseridos no capitalismo de estado. Muitas vezes se adotam barreiras à entrada desproporcionalmente elevadas frente à falha de mercado que se deseja remediar. Em algumas ocasiões, a supressão da concorrência é tão somente o jeito mais fácil de a máquina burocrática lidar com este tipo de problema.

Duas análises devem ser realizadas. Primeiro, avaliar o custo de suprimir a concorrência que, em geral, é bem alto, com o custo burocrático, muitas vezes associado ao incremento da fiscalização, é recomendável. Segundo, avaliar se a correção da falha de mercado em tela gera mais benefícios que o dano da restrição regulatória à concorrência.

Aqui cabe uma análise de impacto regulatório (AIR) que recentemente foi consagrada no Brasil pelos diplomas legais da lei de liberdade econômica e do marco legal das agências regulatórias, com a comparação de três alternativas regulatórias: 1) manter o status quo sem corrigir a falha de mercado que se deseja mitigar; 2) corrigir a falha de mercado, reduzindo ou mesmo suprimindo a concorrência e 3) corrigir a falha de mercado por outra forma alternativa com o menor impacto possível sobre a concorrência. Naturalmente, muitas variantes sobre estas três opções conforme o efeito final destas sobre a falha de mercado meta, a concorrência e o custo burocrático, podem ser avaliadas, reconfigurando o formato da AIR.

Em alguns casos, quando a política de supressão da concorrência já estiver implementada há algum tempo, cabe uma avaliação ex-post da política.

De qualquer forma, sempre cabe uma desconfiança fundamental sobre o efeito líquido de uma política quando esta envolve restrições à concorrência. A SEAE entende que NUNCA se poderá abrir mão de uma avaliação rigorosa da necessidade destas restrições antes de implementá-las, sendo desejável sempre “testar” pela avaliação ex-post da política se esta continua ou não sendo necessária à consecução dos objetivos pretendidos.

(Footnotes)

- 1 Parecer SEI Nº 5089/2019/ME sobre proposta de inclusão das fintechs na rede arrecadadora de receitas federais.
- 2 Parecer SEI Nº 60/2019/COGTS/SAC/SEAE/SEPEC-ME, de 05 de agosto de 2019.
- 3 Nota Técnica nº 06251/2012 COGUN/SEAE/MF
- 4 Parecer nº 165/COGPC/SEAE/MF, de 10 de junho de 2016.
- 5 Nota Técnica nº 14/2018/COGAC/SUPROC/SEPRAC-MF. Processo SEI 10099.100026/2018-04).
- 6 Ver a cartilha sobre o combate a cartéis em sindicatos e associações em http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_sindicatos.pdf/view. As páginas 13 e 14 indicam o que pode e o que não pode ser trocado de informações nestas entidades.
- 7 Guia de Avaliação de Concorrência 2011, Diretrizes, versão 2.0, da OCDE (página 77) e Nota Técnica Conjunta nº 07/SEAE/ MF-SDE/MJ, de 31 de janeiro de 2006
- 8 Nota Técnica SEI nº 1/2019/COSFI/SUCIS/SEAE/SEPEC-ME Contribuição ao Comunicado Bacen nº 33,455, de 24 de abril de 2019, que consistiu em tomada pública de subsídios sobre implementação do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking).
- 9 Parecer SEI nº 2338/2019/COGIS/SUCIS/SEAE/SEPEC-ME: Contribuição à Tomada Pública de Subsídios nº 02/2019 da ANVISA
- 10 Nota Técnica SEI nº 4/2019/COGAC/SAC/SEAE/SEPEC-ME

