



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria de Acompanhamento Econômico

Nota Técnica nº 12/2017-COGR/GABIN/SEAE/MF.

Em 9 de fevereiro de 2017

Assunto: Credenciamento para a exploração de comércio de alimentos e bebidas nas praias de Florianópolis.

Referência: Denúncia nº 08700.007103/2016-91, Edital de Credenciamento nº 001/PMF/SMDU/SESP/2016, Edital de Credenciamento nº 003/PMF/SMDU/SESP/2016, Edital de Credenciamento nº 004/PMF/SMDU/SESP/2016 e Contrato nº 1239/SMDU/2015.

1. Introdução

1. Em sete de novembro de 2016, a Secretaria de Acompanhamento Econômico recebeu o Ofício nº 5703/2016/CADE, de 31 de outubro de 2016, que encaminha denúncia versando sobre o Edital de Credenciamento nº 001/PMF/SMDU/SESP/2016, referente a cadastro para a exploração de comércio de alimentos e bebidas em tenda a ser instalada em ponto fixo da faixa de areia das praias de Florianópolis. O edital, conforme denunciado, criaria “embarço à livre concorrência, limitando as marcas de cerveja a serem vendidas sem justificativa”.

2. O certame visa licitar pontos de venda (PDVs) a microempreendedores individuais, microempresas, ou empresas de pequeno porte. A fim de evitar a concentração de licenças e atos de improbidade administrativa, o edital:

- prevê que cada empreendedor possa deter, apenas, uma licença: o edital de licitação faz expressa menção à existência de certame próprio para a outorga de licença móvel e afasta a possibilidade de acumular a licença móvel com a fixa para a temporada de verão 2016/2017, compreendida entre 15/12/2016 e 16/04/2017. Ademais, embora seja possível apresentar inscrição para concorrer a licença em mais de uma praia, não é possível acumular licenças de praias diferentes;
- torna obrigatória a presença do representante legal, ou de qualquer um dos seus assistentes pré-cadastrados, no ponto em que foi consagrado vencedor do certame, restringe a três o número de assistentes do representante legal e veda a substituição injustificada de qualquer um dos quatro;
- consagra a pessoalidade e o caráter intransferível do alvará de licença;

- apresenta restrições à inscrição de servidores públicos, membros e colaboradores da comissão da temporada 2016/2017, assim como de cônjuges, companheiros e parentes próximos.
3. O certame traz, ainda, uma série de obrigações de natureza documental associadas à identificação pessoal do comerciante e à fiscalização sanitária.

2. Competências da Secretaria de Acompanhamento Econômico

4. Na atual configuração do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC),¹ é competência desta Secretaria a advocacia da concorrência, que consiste em esclarecer aos agentes econômicos os ganhos em eficiência provocados pela introdução, manutenção, ou acréscimo de concorrência. Ressalta-se que, do ponto de vista institucional, a Secretaria de Acompanhamento Econômico não constitui instância deliberativa dentro do SBDC, embora possa instigar mudanças normativas, ou regulatórias. A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, discrimina, em seu art. 19, as seguintes atribuições para esta Secretaria:

Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte:

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;

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;

III - opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

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;

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;

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;

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;

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.

¹ O SBDC é composto pela Seae, do Ministério da Fazenda, e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça.

3. Diante do exposto, ressalta-se que não mais faz parte das atribuições desta Secretaria a manifestação quanto a potenciais impactos concorrenciais advindos de possíveis aquisições envolvendo grupos econômicos. Por outro lado, de acordo com o art. 19, VI da Lei nº 12.529/2011, compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico, entre outros, *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*. É investida dessa competência de advogada da concorrência que esta Secretaria apresenta a presente nota técnica.

3. Contratos conexos

4. Foi possível identificar, no sítio eletrônico da Prefeitura de Florianópolis, a existência de outros documentos relevantes cuja análise é complementar à do Edital de Credenciamento nº 001/PMF/SMDU/SESP/2016, incluindo o Edital de Credenciamento nº 003/PMF/SMDU/SESP/2016, o Edital de Credenciamento nº 004/PMF/SMDU/SESP/2016 e o Contrato nº 1239/SMDU/2015.

5. Os editais de credenciamento que vêm sendo lançados desde 2015 voltam-se ao cadastro de ambulantes para a prestação de serviços ali especificados. Embora os editais sejam muito semelhantes entre si, importa frisar que alguns dos editais analisados, como aqueles para credenciar (i) ambulante de picolé, sorvete, chopp e espumante em carrinhos, assim como (ii) ambulante de coquetel, choripan, milho, coco verde, sanduíche natural e outros alimentos manipulados, não trazem limitações à marca dos produtos a serem alienados. A limitação ocorre, especificamente, nos contratos relacionados à venda de bebidas, em razão do patrocínio da Kirin.

6. Por sua vez, embora tenhamos tido acesso, apenas, a extratos do Contrato nº 1239/SMDU/2015, referentes às temporadas de verão 2015/2016 e 2016/2017, e dos seus dois aditivos, foi possível identificar a sua prorrogação por mais três verões: 2017/2018; 2018/2019 e 2019/2020, findando no dia 15 de março de 2020.

4. Preocupações de natureza concorrencial

7. Alguns elementos do edital de licitação despertam interesse na análise concorrencial. Destacamos, abaixo, aqueles que demandaram análise mais detida desta Secretaria:

- Prazo de inscrição: segundo o item 5.1 do edital e tendo em vista a sua data de publicação, os interessados tiveram, apenas, dezesseis dias úteis para inscrição. Apesar de o item 5.6 do edital autorizar a apresentação da regularização das pendências fiscais no ato do sorteio (o que acresceria mais sete dias úteis ao prazo), trata-se, de qualquer modo, de lapso bastante abreviado para que seja dada ampla publicidade ao certame e haja segurança de que os interessados tiveram tempo hábil para preparar a ampla documentação listada no item 9 do edital;
- Comprovação de experiência: embora esse item tenha sido objeto de ação civil pública movida pelo Ministério Público de Santa Catarina e o seu atendimento, por esse motivo, tenha sido, aparentemente, suspenso, cumpre-nos destacar que a criação de vantagem competitiva para quem comprove experiência em atividade cuja externalidade negativa seja negligenciável fere as regras concorrenciais. No presente caso, só faria sentido impor restrição se a experiência do comerciante efetivamente agregasse valor ao consumidor final, em particular em matéria sanitária. Não parece ser esse o caso, em especial por força

da baixa curva e dos baixos custos de aprendizado do comércio ambulante. Ademais, a comprovação de experiência pode servir de instrumento para o direcionamento do certame, ao inserir mecanismo subjetivo de seleção;

- Restrição quantitativa: os credenciamentos realizados pela prefeitura criam restrições ao número de vendedores autorizados em cada praia. Restrições dessa natureza fazem sentido, por exemplo, se o número excessivo de ambulantes dificultar o trânsito, ou se incrementar o assédio a quem frequenta as praias. Em casos extremos, a restrição orçamentária do Estado para supervisionar atividade com externalidade negativa significativa (sobre a saúde pública, por exemplo) pode ser determinante na definição do número de vendedores cadastrados. Por outro lado, restrições de cunho quantitativo, em particular se combinadas com limitações de natureza geográfica, têm o inconveniente de limitar a oferta, gerando incentivos à elevação de preços e prejudicando a livre escolha por parte do consumidor. Em última instância, podem ser geradoras da própria escassez do produto. Desse modo, embora não se possa afirmar, categoricamente, que restrições quantitativas à circulação de ambulantes nas praias tenham efeito líquido negativo sobre o mercado, elas devem ser, *a priori*, vistas com ressalvas e analisadas com vagar;
- Restrições à alienação de cerveja, refrigerante, água e energético: segundo a cláusula 16.4 do Edital de Credenciamento nº 001/PMF/SMDU/SESP/2016, os comerciantes credenciados estarão restritos aos catálogos de cerveja e refrigerante da Brasil Kirin, podendo alienar uma única opção adicional de rótulo de cerveja e de refrigerante, à sua escolha. No caso de energéticos e água, o ambulante encontra-se preso a um único produto: K energy drink (energético), Schin tônica (água gaseificada) e Água Schin (água sem gás).

Muito embora, no caso de refrigerante e cerveja, a possibilidade de alienação de outro rótulo, sem expressa previsão de cláusula de fidelidade (obrigações de quantidade, ou volume mínimo, ou máximo), alivie a preocupação com o fechamento do mercado – em particular, por espelhar a realidade de bares e restaurantes típicos da orla, e a pluralidade de vendedores facilitar a diversificação por meio da segunda marca -, não há clareza quanto aos mecanismos de *enforcement* das obrigações previstas no edital. Teme-se, por exemplo, que o espaço de armazenamento limitado do vendedor seja ocupado quase que exclusivamente, por determinação do patrocinador, com produtos da Kirin (aplicação prática de cláusula informal de fidelidade). Essa preocupação ganha contornos quando se observa que o item 16.4 do edital usa o termo *vender*, ao invés de *ofertar*, ao abordar as obrigações do credenciado para com o patrocinador. No outro extremo, dada a obrigação de alienar produtos Kirin, não há garantia de que, ante problemas de distribuição do patrocinador, o ambulante virá a ter produtos em número suficiente para abastecer o consumidor.

Adicionalmente, importa questionar se a limitação à alienação de marcas concorrentes – a ponto de o comerciante poder escolher, somente, um único *rótulo* (ou seja, um único produto do catálogo de bebidas de uma empresa concorrente de escolha do comerciante) – representa limitação necessária e que traga ganhos líquidos ao bem-estar do consumidor. Em outras palavras, é importante que a limitação concorrencial só ocorra após a prefeitura certificar-se de que os investimentos do patrocinador (estimados em dois milhões e meio

de reais² adicionais à outorga de quatrocentos e doze mil reais) dependem dessa semi-exclusividade e de que tais investimentos geram benefícios superiores à perda de bem-estar provocada pela restrição das opções disponíveis ao consumidor. Essa preocupação é acentuada porque a ausência de acesso direto ao comércio local é uma característica comum ao litoral de Florianópolis. Desse modo, o comércio local não gera pressão concorrencial crível no vendedor ambulante.

Essas preocupações são redobradas no caso da água e do energético, para os quais o edital prevê, tão somente, um produto da Kirin (não há um catálogo de produtos semelhantes por parte da Kirin, tampouco a possibilidade de alienar produto concorrente) – o que não só facilita a elevação dos preços desses produtos a patamares supracompetitivos, como, levando-se em consideração a restrição espacial (lugar para armazenar bebida) do ambulante e a limitação ao número de ambulantes por praia, pode instrumentalizar a escassez desses produtos.

Portanto, tanto no caso do comércio de refrigerantes e cervejas, como no caso do comércio de água e energéticos, verifica-se que o edital em análise limitou a oferta para os consumidores desses produtos, diminuindo o bem-estar econômico desses setores na orla de Florianópolis, tanto do ponto de vista dos ofertantes (restrição à quantidade de vendedores) quanto do consumidor (limitação da variedade de produtos). Ademais, conforme já mencionado, em decorrência desses fatores, vislumbra-se um potencial aumento de preço desses itens.

Ademais, em que pese o fato de que os investimentos do patrocinador sejam vertidos aos municípios de Florianópolis, registre-se que a existência de subsídios cruzados do consumidor de um mercado em favor dos consumidores de outro mercado gera ineficiências alocativas na economia, uma vez que tal situação afeta a curva de preferência em uma economia de mercado. Em outras palavras, a restrição de oferta imposta pelo edital em análise *vis-à-vis* um patrocínio institucional desincentivaria o consumo de cervejas, refrigerantes, água e energético pelos quais o consumidor se disporia a pagar ao passo que incentivaria gastos, via Poder Público, pelos quais o consumidor, em princípio, não estaria disposto a realizar desembolsos, dado que não o faria senão por meio de incentivos subsidiados por outro mercado.

- Duração do Contrato nº 1239/SMDU/2015: originalmente previsto para as temporadas de verão 2015/2016 e 2016/2017 (de novembro de 2015 a quinze de março de 2016 e de novembro de 2016 a quinze de março de 2017), o instrumento recebeu aditivos que estenderam a sua duração até 2020. Dadas as restrições de marcas presentes nos editais de credenciamento de ambulantes, os aditivos provocaram o fechamento do mercado por período bastante longo, afastando a concorrência pelo mercado, via licitação, que poderia atenuar as barreiras horizontais de entrada (de concorrentes).

Importa frisar que, embora os editais de credenciamento tenham sido encontrados com facilidade no sítio eletrônico da Prefeitura de Florianópolis, o mesmo não pode ser dito do

² Matéria de Jefferson Bertolini intitulada “Prefeitura de Florianópolis volta a restringir marca de cerveja em praia” da edição de 24/10/2016 do caderno Cotidiano da Folha de São Paulo. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/10/1825678-prefeitura-de-florianopolis-volta-a-restringir-marca-de-cerveja-em-praia.shtml>>. Acesso em 18/11/2016.

Contrato nº 1239/SMDU/2015, ao qual deve ser dada ampla publicidade a fim de facilitar o controle difuso sobre os impactos concorrenciais do certame.

8. Há, por sua vez, notícia³ de que a Prefeitura de Florianópolis conta com apenas vinte e dois agentes para fiscalizar todas as praias do município. Sendo o controle municipal pouco efetivo, o número de ambulantes não credenciados seria bastante superior ao de regularizados. Esse retrato pode evidenciar tanto (i) que o consumidor não vê benefícios (nem prejuízos) na regularização promovida pela administração do município, (ii) que o número de credenciados é insuficiente, (iii) como pode sugerir a segmentação do mercado em um produto inferior e um superior (mais caro, precificando a outorga, o custo regulatório e o selo da vigilância sanitária). Nos dois primeiros casos, a regulação mostra-se claramente contrária ao bem-estar do consumidor, pois cria, artificialmente, sem ganhos líquidos para o consumidor⁴, a escassez do produto por ele desejado.

9. É também possível que, enquanto a supervisão pela prefeitura seja falha, a presença de ambulantes credenciados gere incentivos a que os ambulantes não credenciados adotem, voluntariamente, padrões superiores de higiene impostos aos credenciados, gerando benefícios sociais sem que se restrinja a concorrência. Essa corrida por padrões superiores de qualidade pode ser incentivada, inclusive, por concorrentes da Kirin, que, em um mercado livre de barreiras à entrada, podem vir a patrocinar ambulantes não credenciados. Em última instância, a depender do comportamento do consumidor, o modelo de credenciamento não cogente (ou modelo de incentivos/*nudging*) pode vir a ser paulatinamente substituído pelo mercado por um modelo de concorrência qualitativamente superior.

10. Não há, porém, nenhuma segurança de que esse cenário de fiscalização não efetiva, se generalizado – pode ser que não seja uma realidade aplicável a todas as praias -, seja preservado. Pelo contrário, a própria extensão, por aditivo, do prazo do contrato de patrocínio até a temporada de 2020 parece representar um compromisso da administração de Florianópolis com uma fiscalização progressivamente mais abrangente. Nesse caso, a fiscalização efetiva tende a criar, pelo menos, três restrições flagrantemente anticoncorrenciais: a monopolização de longo prazo dos mercados de água sem gás, água com gás e energético.

11. Ressalte-se, por fim, ser necessário avaliar se as restrições à concorrência de que trata esta nota estão amparadas por legislação estadual, ou local, situação em que cumpre ao legislativo reavaliar referidas normas à luz dos problemas destacados nesta nota. Cita-se, em particular, o art. 19 da Lei Municipal nº 2.496/1986 – Lei do Comércio Ambulante de Florianópolis -, que viabiliza a limitação da atividade dos ambulantes regularizados “[e]m época de festividades, promoções públicas e de verão (...)”, precisamente quando a demanda é mais alta.

³ Matéria de Raquel Cruz intitulada “Com pouca fiscalização, mais da metade dos ambulantes nas praias de Florianópolis está ilegal” da edição de 20/01/2016 do periódico Notícias do Dia. Disponível em <http://ndonline.com.br/florianopolis/noticias/com-pouca-fiscalizacao-mais-da-metade-dos-ambulantes-nas-praias-de-florianopolis-esta-ilegal>. Acesso em 18/11/2016.

⁴ A propriedade intelectual, em certos mercados, consiste em exemplo de escassez artificial que gera, em última instância, ganhos líquidos para o consumidor.

5. Conclusão

12. Ante todo o exposto, sugere-se o envio da presente nota para a Prefeitura de Florianópolis, para a Secretaria Municipal do Meio Ambiente e Desenvolvimento Urbano de Florianópolis e para a Câmara Municipal de Florianópolis, com as seguintes recomendações:

- estender os prazos de inscrição para os próximos certames para período não inferior a dois meses;
- eliminar, em definitivo, a obrigação de comprovar experiência e a utilização da experiência na atividade de ambulante como critério de seleção;
- reavaliar a necessidade de limitar o número de ambulantes cadastrados para atuar em cada praia;
- reavaliar a necessidade de impor restrição ao número de cervejas de concorrentes da Kirin ofertadas pelos PDVs;
- eliminar a exclusividade da Kirin sobre a venda de água e energéticos;
- tornar mais claras as regras que regem a obrigação de *ofertar* (em contraposição à obrigação de *vender*) as bebidas da Kirin, em particular quanto ao adimplemento dessa obrigação;
- voltar a realizar certames para o patrocínio de, no máximo, dois certames consecutivos, alimentando a concorrência pelo mercado;
- disponibilizar o Contrato nº 1239/SMDU/2015 e demais contratos celebrados pelo poder executivo municipal em local de fácil acesso na rede mundial de computadores;
- reavaliar a conveniência e a oportunidade do art. 19 da Lei Municipal nº 2.496/1986 – Lei do Comércio Ambulante de Florianópolis --, que tem por efeito a restrição da oferta quando a demanda é mais alta, gerando incentivos à elevação exponencial dos preços e que, no limite, pode levar à escassez do produto. A análise deve ser realizada *vis-à-vis* os possíveis benefícios que, segundo a prefeitura, podem advir da limitação da presença de ambulantes em cada praia.

13. Recomenda-se a remessa de cópias desta nota técnica ao Tribunal de Contas, ao Ministério Público, ao Poder Judiciário e ao Procon, todos do Estado de Santa Catarina, colocando esta Secretaria à disposição, inclusive, para atuar na condição de *amicus curiae* em matéria concorrencial, nos termos do art. 138 do Código de Processo Civil.

14. Propomos, ainda, o encaminhamento desta nota à Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, para conhecimento.

À apreciação superior.

ROBERTO DOMINGOS TAUFICK
Assessor do Secretário de Acompanhamento
Econômico

DANIEL PALARO CANHETE
Coordenador-Geral de Advocacia da
Concorrência em Setores Regulados

De acordo.

ANGELO JOSÉ MONT'ALVERNE DUARTE
Subsecretário de Análise Econômica e Advocacia da Concorrência

MANSUETO FACUNDO DE ALMEIDA JUNIOR
Secretário de Acompanhamento Econômico