

# JUSTIÇA & CIDADANIA<sup>®</sup>

Edição 151 • Março 2013

Sérgio Kukina | Ministro do STJ

## SÉRGIO KUKINA: EM NOME DA BOA JUSTIÇA

Editorial: Indignai-vos!



# O Judiciário e as políticas públicas no mercado de cigarros

Lucia Helena Salgado | Professora da Uerj e pesquisadora do Ipea

**A** Análise Econômica do Direito (AED) – ou *Law and Economics*, em honra da denominação de origem – desenvolveu-se intensamente nos últimos cinquenta anos. Desde a publicação do seminal artigo do Prof. Gary Becker<sup>1</sup> (que mais tarde foi decisivo na atribuição do Prêmio Nobel de Economia ao professor) tornou-se prática comum aplicar os conceitos econômicos para avaliar regras jurídicas. Noções como equilíbrio de mercado e eficiência econômica passaram a balizar mundo afora decisões de política pública em geral.

O pressuposto básico da AED é que os indivíduos na sociedade – pessoas físicas ou jurídicas, produtores de bens e serviços ou consumidores – reagem às alterações de políticas, em todo e qualquer segmento, sejam alterações legislativas ou de nível de aplicação do Direito (*enforcement*). Desta forma, torna-se imprescindível conhecer as características específicas de determinado segmento e todas as possibilidades de escolha à disposição dos agentes econômicos para se avaliar a adequação de novas medidas e sua efetividade.

O objetivo deste artigo é realizar uma breve Análise Econômica do Direito para o mercado de cigarros no Brasil. Revisaremos literatura pertinente, e apontaremos as peculiaridades do setor de cigarros no Brasil. Concluiremos salientando as nefastas consequências que as novas regras terão para a sociedade brasileira caso não haja uma mudança radical de atitude por parte de nosso Poder Judiciário.

## I – Comportamento estratégico e o mercado de cigarros no Brasil

A Análise Econômica do Direito apoia-se na Teoria dos Jogos para antever os impactos de mudanças institucionais. Qualquer política pública altera o comportamento dos agentes econômicos que sofrem impacto com a mudança de política. Isso porque os indivíduos procuram maximizar seus benefícios e minimizar seus prejuízos e possuem várias alternativas de ações à sua disposição. É dentre este leque de possibilidades que eles elegem otimamente – do ponto de vista individual – as ações a serem tomadas. A política pública em geral tem o poder de alterar não somente os benefícios líquidos das alternativas disponíveis, mas pode também criar novas alternativas de escolhas e extrair outras do rol de alternativas disponíveis.

As regras do jogo vêm sendo claramente alteradas no mercado de cigarros, o que certamente gera impactos sobre as estratégias disponíveis e ótimas para as empresas, dado que tais regras afetam o comportamento do consumidor. Dentre as novas medidas no setor de cigarros, estão as que foram introduzidas pela Medida Provisória 540/2011, convertida na Lei 12.546/2011. Em particular, alterou a dinâmica da tributação do IPI de cobrança por classes de valores do imposto “ad rem”, no caso 6, para uma metodologia que terá apenas duas classes de valores, uma para embalagem maço e outra para box, mais um percentual “ad valorem” sobre o preço de venda ao consumidor final. Além disso, ficou definida uma nova regra de reajuste do imposto até 2015.



A despeito dos 60% de carga tributária incidentes hoje sobre o preço de venda do cigarro, com a mudança, em 2012 houve um reajuste na alíquota do IPI, da ordem de 41%, e que até 2015 chegará próximo a 133%.

Outra medida recente e já em vigor é o preço mínimo do cigarro que em 2013 está em R\$ 3,50, com previsão legal de elevação de R\$ 0,50 ao ano até 2015.

O argumento central deste artigo é que tais medidas geram impactos apenas sobre o mercado legal de cigarros, não tendo qualquer efeito sobre o mercado ilegal, que opera à margem de qualquer regulação de preços, tributária e mesmo sanitária. Entidades como INCA e Sinditabaco apontam que tal mercado ilegal representa 27%, dado este que é repetido em recente estudo da FGV<sup>2</sup>. Recém-lançado estudo da Aliança de Controle ao Tabagismo<sup>3</sup> atribui este número de 27% a Corradini (2010)<sup>4</sup>, mas o questiona usando metodologia própria, afirmando ser o mercado ilegal muito maior, da ordem de 33% a 44% do mercado nacional no período de 2000 a 2009. A par da defesa de medidas do Executivo para controlar fronteiras e coibir o contrabando e descaminho de cigarros, o

“Por um lado, temos um produto potencialmente nocivo à saúde pública, mas cujo consumo é legalizado e intensamente regulado. Por outro lado, temos um segmento importante da economia nacional, gerador de emprego e renda, em particular no campo.”

Judiciário possui papel primordial na determinação (indireta) do ganho obtido com a ilegalidade. Diante desse quadro, cabe ao Judiciário ser rígido na aplicação do Direito – inclusive no tocante à concorrência desleal, ponto que abordaremos adiante – de forma a tornar a ilegalidade menos atraente, incentivando a legalização da importação e da produção de cigarros.

## II – O mercado de cigarros no Brasil

O mercado de cigarros possui especificidades próprias que o torna distinto de qualquer outro segmento de atividade econômica. A começar pela própria natureza do produto envolvido, mocinho e vilão na mesma história. Se, por um lado, o produto traz uma satisfação presente para quem o utiliza, fazendo parte muitas vezes das normas sociais; por outro, possui impactos de longo prazo sobre o fumante e o não-fumante.

Por um lado, temos um produto potencialmente nocivo à saúde pública, mas cujo consumo é legalizado e intensamente regulado. Por outro lado, temos um segmento importante da economia nacional, gerador de emprego e renda, em particular no campo. O cigarro

é um bem manufaturado de razoável simplicidade, composto basicamente por um produto primário: o fumo. No Brasil, grande parte da produção de fumo advém da agricultura familiar. O desenvolvimento da indústria cigareira – aquela legalmente constituída e que se submete à toda legislação vigente – propiciou o desenvolvimento e a fixação de famílias no campo e a profissionalização do cultivo de fumo. Existe intensa regulamentação – e fiscalização –, por exemplo, da utilização de agrotóxicos nestas lavouras por parte das grandes fabricantes de cigarros no Brasil – aquelas que se submetem à legislação setorial aplicável.

Apesar da aparente simplicidade do produto, não se pode falar em um único “mercado de cigarros”, não há uma “comoditização” do produto, muito pelo contrário. Pelo lado da oferta, segundo estudo da FGV já mencionado, o mercado brasileiro de cigarros pode ser dividido em quatro segmentos:

- 1) Os produtos das empresas que pagam os tributos devidos;
- 2) Os produtos das empresas que, segundo a Receita Federal, não pagam os tributos devidos;
- 3) Os produtos do contrabando ou descaminho;
- 4) Os produtos de marcas brasileiras falsificadas.

Do ponto de vista da demanda, os cigarros, como outros bens de consumo diferenciados, não são substitutos perfeitos: considerada a restrição orçamentária do consumidor de cigarro, ele exercita sua escolha dentre um rol de opções que se diferem por sabor, intensidade e outras características intrínsecas ao produto, além de seu preço.

Costuma-se apontar também a baixa ou quase nula elasticidade-preço da demanda de cigarro, ou seja, os consumidores de cigarros não responderiam a aumentos de preços. Daí se justificaria também a alta taxação – independente da questão de saúde pública – porque não distorceria quase o consumo. Isto está em qualquer livro-texto de Introdução à Economia, mas não é verdade no Brasil. Face a existência do produto ilegal, visto como um substituto próximo do produto legal, a elasticidade-preço do produto regulado torna-se elevada.

Em outras palavras, ignorar a existência do produto ilegal, mais barato e disponível, e adotar medidas que funcionam em alguns países – sem mercado ilegal relevante – é um erro. Supor que, em se aumentando a carga tributária e o preço do produto, se estará desestimulando o consumo de cigarros em geral, aumentando a arrecadação de impostos e reduzindo o ônus em termos de saúde pública, não faz sentido.

### III – Regulação assimétrica e concorrência em cigarros

Conforme vimos, é natural a segmentação do setor de cigarros pelo lado da demanda, em razão

**“A regulação assimétrica pode ser justificada por razões de inserção de concorrência em determinado segmento face a existência de elevadas barreiras à entrada. No setor aéreo brasileiro, por exemplo, existem por certo diversas barreiras – como força da marca, reputação, conhecimento adquirido na prática (*learning*), economias claras de escala etc. – mas nessas a regulação não consegue intervir eficazmente.”**

das próprias preferências dos consumidores, que são heterogêneos também em função da heterogeneidade da renda individual na população. O que não é natural é a heterogeneidade de categorias de ofertantes de um produto no mercado, recebendo cada uma tratamento distinto pelos órgãos públicos, em termos de submissão às regras regulatórias e fiscais.

Trata-se de exemplo claro de regulação assimétrica, com danos irreparáveis no caso do cigarro, não somente sobre um setor importante da economia, mas com repercussões extremamente nocivas sobre a saúde pública.

A regulação assimétrica pode ser justificada por razões de inserção de concorrência em determinado segmento face a existência de elevadas barreiras à entrada. No setor aéreo brasileiro, por exemplo, existem por certo diversas barreiras – como força da marca, reputação, conhecimento adquirido na prática (*learning*), economias claras de escala etc. – mas nessas a regulação não consegue intervir eficazmente.

Uma outra barreira relevante ao crescimento de uma nova companhia aérea é a necessidade de obter áreas aeroportuárias e slots para pousos e decolagens nos

aerportos mais movimentados. As empresas que detêm esses recursos escassos os mantêm por prazo indefinido, sendo obrigadas a devolvê-los caso não os estejam utilizando ou se forem à falência. Por conta das diversas barreiras existentes no segmento e da possibilidade de intervir a baixo custo regulatório via realocação de áreas e dos slots, a agência reguladora setorial vem dando prioridade às empresas menores, conforme disposto nas Resoluções ANAC n. 2/2006 e 113/2009.

Neste caso, conforme apontamos, a regulação setorial assimétrica se justifica como forma de minimizar uma barreira à entrada e ao crescimento de pequena empresa por conta da peculiaridade deste segmento de atividade. Outro exemplo seria o regime de cotas raciais ou sociais para ingresso na universidade pública. A eficácia para o objetivo de política almejado e o custo social de implementação do regime, sua *rationale* é idêntica à da medida da ANAC – e é este o ponto a ser salientado. Assim como na regulação assimétrica apontada, a ideia é tratar desiguais de forma desigual, de forma a torná-los mais iguais. O foco é eliminar uma barreira à entrada, para que novas empresas ou indivíduos, que antes não conseguiam chegar ao mercado, agora possam vir a concorrer no mérito.

No mercado de cigarros tal situação – de existência de barreira à entrada que possa ser minorada por eventual regulação assimétrica – não ocorre. Desta feita, nenhuma regulação assimétrica do gênero se justifica. O setor de cigarros – apesar de não representar um caso clássico de monopólio natural, como é o caso dos setores de infraestrutura regulados por agências setoriais no Brasil – é intensamente regulado no que tange à vigilância sanitária dos produtos e seus ingredientes, as regras de publicidade e comercialização, e mesmo no tocante aos preços serem tabelados. Esta regulação, no entanto, só atinge – e onera – o mercado legal, mantendo a atratividade do mercado ilegal e da sonegação de impostos para empresas nacionais *low-cost*.

### IV – Consequências e remédios

Conforme vimos, a regulação assimétrica não se justifica no setor cigareiro. Não deveria haver empresas submetendo-se a uma pesada carga tributária, sanitária e ao controle de preços, e, de outro lado, empresas nacionais e estrangeiras – sobretudo paraguaias – alheias a qualquer regulação. Esta situação confere uma vantagem competitiva indevida, posto que baseada no descumprimento da lei.

O que o Direito da Concorrência e a defesa da economia popular querem é que as empresas concorram no mérito, e que se destaque no mercado a empresa que seja mais eficiente. Quando o mercado opera adequadamente, uma

“Quando o mercado opera adequadamente, uma empresa é mais competitiva, oferecendo seu produto a preço mais baixo porque tem uma estrutura de custos mais enxuta, ou uma tecnologia de produção e distribuição superior.”

empresa é mais competitiva, oferecendo seu produto a preço mais baixo porque tem uma estrutura de custos mais enxuta, ou uma tecnologia de produção e distribuição superior.

No caso do mercado de cigarros, as consequências, no entanto, não param por aí, não se restringem a afetar a qualidade da concorrência no setor, que se vê completamente distorcida. Há o efeito nefasto sobre a saúde pública da comercialização a baixo preço de produtos à margem de qualquer controle.

Preocupa que esse desastre anunciado corra o risco de não ficar claramente caracterizado pela reiterada prática por parte das autoridades de ignorar os dados que dão conta da pujança do mercado ilegal. Desta feita, as medidas atualmente tomadas poderão ser no futuro equivocadamente avaliadas como eficazes na redução do consumo do cigarro – por se basearem somente em dados oficiais referentes ao mercado legal. Tal prática tenderia a mascarar um sério problema, qual seja, a transferência do consumo de produtos de fabricantes legais, cumpridores dos requisitos sanitários e em dia com obrigações fiscais para fabricantes ilegais, sem gerar qualquer redução do consumo total efetivo.

Cabe ainda salientar que o maior impacto dos graves efeitos em termos de saúde pública ocorrerá sobre os jovens brasileiros. Recente artigo publicado no renomado Cadernos de Saúde Pública<sup>5</sup> aponta que apesar das medidas de controle e combate ao fumo, o consumo de cigarros aumentou entre os jovens. O artigo segmenta a população em coortes por idade (grupos de 10 anos, começando aos 15) e foca sua análise nas diferenças entre estes grupos de idade. Segundo o

artigo, “somente a população fumante com idade entre 15 e 24 anos em 1989, independentemente de gênero, nível de escolaridade e local de residência, aumentou a quantidade fumada até 2008, sugerindo que eles devem ter ficado mais dependentes e, conseqüentemente, devem ter maior dificuldade de parar no futuro. Análise específica por idade (...) sugere que o restante da população brasileira de fumantes diminuiu seu consumo de cigarros ao longo dos 19 anos do período da pesquisa.” Desta feita, parece não haver dúvidas que serão os jovens de hoje que pagarão a maior parcela do custo social de medidas equivocadas ou insuficientes tomadas hoje.

O que fazer então? É preciso tornar o mercado ilegal de cigarros menos atraente. Fiscalização e punições exemplares a falsificações, contrabandos e descaminhos, roubos de carga etc. precisam ser impostas. Mesmo que se intensifiquem os controles de fronteira, por exemplo, a probabilidade de detecção da ilegalidade é baixa. Somente punindo exemplarmente quando pego se pode aumentar a sanção esperada caso se cometa o crime. E daí o retorno do “investimento” na atividade ilícita fica comprometido. Com o risco maior e pena maior para continuar no crime, o contrabandista exigirá uma margem maior. No fim das contas – ou seja, no novo equilíbrio de mercado – isso repercutirá no preço final do produto. O cigarro do mercado ilegal ficará mais caro e assim será menos atraente, reduzindo-se a demanda.

Daí o papel essencial do Poder Judiciário na fixação das penas para os crimes relacionados ao mercado ilegal de cigarros e a exigência de pagamento das dívidas tributárias nas ações da Receita Federal

contra fabricantes nacionais. Também seria desejável que órgãos administrativos da defesa da concorrência, como o CADE, atentassem para a assimetria concorrencial baseada em comportamento ilegal, ou seja, não obtida no mérito da livre iniciativa, como requer nossa Carta Magna.

Vale mencionar que grande parte dos acadêmicos de *Law and Economics* defendem a criação de mercados legais para, por exemplo, drogas e órgãos para transplantes. Thornton (2007) aponta o posicionamento dos economistas quanto à liberalização de drogas, enquanto Posner e Becker (2009) analisam os órgãos para transplantes.<sup>6</sup> O principal argumento gira em torno dos malefícios de mercados negros ou ilegais e do benefício por conta do ganho de arrecadação.

O problema envolvendo o mercado de cigarros é completamente distinto. O mercado já é legal, já está institucionalizado e organizado, possuindo regras regulatórias e regime tributário específicos. A vantagem, no entanto, de permanecer no mercado negro, ou descumprir as regras, é que este ainda compensa.

#### V – Considerações finais

O mercado de cigarros é absolutamente único e requer uma metodologia de análise própria. O mercado brasileiro de cigarros é ainda mais peculiar. Desta feita, a fixação de qualquer medida de política pública afetando o mercado de cigarros precisa atentar às especificidades deste segmento, com suas peculiaridades brasileiras, e antecipar as reações dos agentes econômicos à nova medida, sob pena de gerar efeitos contrários aos objetivos da política pública setorial. Justamente por se tratar de produto potencialmente nocivo à saúde pública, a existência do mercado ilegal não pode ser tolerada e o mercado legal deve ser regulado de forma equilibrada e que não o inviabilize, sob pena de premiar aqueles que atuam à margem da lei.

No que diz respeito à ANVISA, regulador por excelência do mercado de cigarros, verifica-se que sua atuação tem deixado a desejar na vertente “produto ilegal”, posto que, ao contrário de outras agências como ANEEL e ANP, não vem realizando qualquer ação focada na retirada de mercado de tais produtos. Ao contrário, limita-se a exercer sua atividade fiscalizadora sobre o mercado legal, deixando parcela significativa sem qualquer controle ou sanção.

São certamente necessárias medidas por parte do Executivo no cumprimento da legislação, na fiscalização e no controle de fronteiras e do comércio de produtos falsificados e contrabandeados. No entanto, há de se ter em mente que tais medidas – além de possuírem alto custo de implementação – serão nada ou pouco eficazes se não

forem acompanhadas de uma mudança no tratamento judicial dos casos versando sobre a concorrência no mercado de cigarros. Neste segmento, não se justifica uma regulação assimétrica em favor de empresas entrantes ou pequenos produtores, uma vez que a principal – senão a única – barreira à entrada e ao crescimento de concorrentes é a marca, considerando que hoje já existe extensa limitação à propaganda no setor.

O preço mais baixo do produto ilegal – seja ele falsificado ou original importado ilegalmente – é o seu grande atrativo. No entanto, o produto ilegal por definição está à margem do sistema, inclusive o de controle sanitário. O desenvolvimento deste mercado ilegal, hoje em franca expansão, atenta ao Fisco, comprometendo a arrecadação de impostos, gera um problema sério de saúde pública – que fica fora das estatísticas oficiais de consumo e que afeta primordialmente os jovens.

O produto fabricado nacionalmente sem o pagamento dos tributos devidos, ainda que se submeta às exigências sanitárias devidas, também compromete a arrecadação e distorce a concorrência. Há risco de comprometimento da viabilidade das empresas que se submetem a toda a legislação setorial, que é corretamente restritiva ao comércio e propaganda de um produto como o cigarro.

O cigarro, apesar dos danos que causa, é um produto legal e intensamente regulado. Quer-se uma indústria cigarreira forte, intensamente regulada e que concorra no mérito. É preciso uma mudança no entendimento judicial e também por parte dos órgãos de defesa da concorrência sobre a assimetria concorrencial indevida no segmento cigarreiro.

Medidas inócuas são indesejáveis, mas estamos presenciando uma mudança de política que terá sim efeitos, mas contrários aos objetivos almejados, não-negligenciáveis e nefastos.

#### Notas

<sup>1</sup> BECKER, G. *Crime and Punishment: an Economic Approach*. Journal of Political Economy, 1968.

<sup>2</sup> *O sistema Tributário e o Mercado de Cigarros – Evolução, Análises e Perspectivas*, FGV Projetos, 2010.

<sup>3</sup> *Mercado ilegal de cigarros no Brasil: aproximações através da estimativa do saldo de tabaco*. ACTbr, julho de 2012.

<sup>4</sup> *El contrabando de cigarrillos desde o hacia La Republica Federativa de Brasil*. Uruguay, 2010.

<sup>5</sup> Szklo et al. *Mudanças nos padrões de consumo de cigarros dos fumantes brasileiros entre 1989 e 2008*. Cad. Saúde Pública. vol. 28, n. 1. Rio de Janeiro, nov. 2012

<sup>6</sup> Thornton, M. *Prohibition versus Legalization. Do economists reach a conclusion on drug policy?* The Independent Review, n. XI, n. 3, winter 2007.