

PORTARIA Nº 70, DE 12 DE DEZEMBRO DE 2002

(Publicada no Diário Oficial da União nº 241, de 13/12/2002, Seção 1, págs. 138 a 139)

O **Secretário de Acompanhamento Econômico**, no uso das atribuições que lhe conferem os arts. 10, inciso II, “b” e 27 do Anexo I do Decreto nº 4.430, de 18 de outubro de 2002, e tendo em vista o disposto nos arts. 20, 21, inciso XVIII, e 38 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e considerando a necessidade de serem estabelecidos princípios para a sistematização e o aprofundamento da análise de condutas anticompetitivas, de forma a proporcionar maior segurança jurídica aos agentes privados, bem como transparência e celeridade às análises realizadas pela Secretaria, resolve:

Art. 1º Expedir o GUIA PARA ANÁLISE ECONÔMICA DA PRÁTICA DE PREÇOS PREDATÓRIOS, anexo a esta Portaria.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

CLAUDIO MONTEIRO CONSIDERA
Secretário de Acompanhamento Econômico

ANEXO

GUIA PARA ANÁLISE ECONÔMICA DA PRÁTICA DE PREÇOS PREDATÓRIOS¹

PARTE I

INTRODUÇÃO

1.1 Introdução

1. A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica², estipula em seu art. 21, inciso XVIII, que a venda injustificada da mercadoria abaixo do preço de custo que produza os efeitos ou tenha como objeto prejudicar a livre concorrência, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante como sendo uma infração à ordem econômica.

2. Na literatura econômica essa conduta é denominada como prática de preços predatórios, e se verifica quando uma firma reduz o preço de venda de seu produto abaixo do seu custo, incorrendo em perdas no curto prazo, objetivando eliminar rivais do mercado, ou possíveis entrantes, para, posteriormente, quando os rivais saírem do mercado, elevar os preços novamente, obtendo, assim, ganhos no longo prazo³.

3. Dessa forma, a prática de preços predatórios no curto prazo aumenta o bem-estar do consumidor, porque este se beneficia dos preços mais baixos. No entanto, no longo prazo, como a predação reduz o número de firmas no mercado e, conseqüentemente, a concorrência, o bem-estar do consumidor se reduz. Sabe-se que é essencial a presença da concorrência no contexto de uma economia de mercado, posto que a mesma possibilita um aumento na variedade e na qualidade de produtos e ainda colabora para a diminuição dos preços dos mesmos⁴.

¹Este Guia de Análise foi elaborado mediante a colaboração dos seguintes integrantes da equipe técnica da Secretaria de Acompanhamento do Ministério da Fazenda – SEAE: Cleveland Prates Teixeira, Secretário-Adjunto até julho de 2002; Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, Secretária-Adjunta; Isabel Ramos de Sousa, Assessora; Marcelo de Matos Ramos, Coordenador-Geral de Comércio e Serviços e Maurício Canêdo Pinheiro, Coordenador-Geral de Serviços Públicos e Infra-Estrutura.

²A defesa da concorrência no Brasil teve sua origem na Lei nº 4.137 de 1962, que previa o controle de condutas infrativas à ordem econômica, criando o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Em 1991 foi promulgada a Lei de Defesa da Concorrência, Lei nº 8.158, cujo foco continuou sendo o controle de condutas. Esta lei introduziu a Secretaria Nacional de Direito Econômico, hoje Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça, no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, por sua vez foi substituída pela Lei nº 8.884 em 11 de junho de 1994, que passou a ser o principal diploma legal para a Defesa da Concorrência no Brasil. Esta última Lei mencionada transformou o CADE em autarquia e definiu a competência da SEAE/MF no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Vale mencionar ainda que a Lei nº 8.884/94 revogou as Leis nº 4.137/62 e nº 8.002/90.

³ Ver Apêndice I.

⁴ Cartilha do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

4. Assim sendo, caso haja constatação dessa prática em um Processo Administrativo necessariamente o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) imporá sanções, conforme previstas no Título V, Capítulo III, da Lei nº 8.884, de 1994.

1.2 Visão Geral do Guia

5. Conforme estipulado pela lei, a venda de mercadoria abaixo do preço de custo não constitui uma infração. Esta venda tem que produzir o efeito, ou ter como objeto, prejudicar a livre concorrência. Assim sendo, para a constatação de uma estratégia de preços predatórios é necessário provar, além da venda abaixo do custo, que as condições necessárias para que essa estratégia seja lucrativa (ou seja, que no longo prazo a concorrência irá se reduzir e com isto a firma predadora terá poder de mercado) estejam presentes, a saber: participação de mercado significativa da firma predadora, elevadas barreiras à entrada, capacidade produtiva para atender o incremento da demanda no curto prazo e capacidade de financiamento devido as perdas incorridas nessa estratégia.

6. O objetivo do presente Guia para Análise Econômica de Prática de Preços Predatórios (Guia) é apresentar os procedimentos que permitam ao SBDC a identificação de tal prática, distinguindo-a de ações que refletem comportamento competitivo. O Guia está elaborado de forma a reduzir os custos de investigação consistindo num instrumento de orientação para análise e não tem caráter vinculante.

7. O restante deste documento (parte II) está organizado em seis seções. A primeira delas apresenta uma visão geral sobre o procedimento de análise de preços predatórios. Nas cinco seções seguintes, estarão descritas as cinco etapas de análise a serem desenvolvidas nos processos referentes a conduta de preços predatórios, a saber: a Etapa I consiste na definição do Mercado Relevante afetado; na Etapa II, investiga-se a estrutura deste mercado; a Etapa III examina as condições de oferta da empresa predatória; a Etapa IV dedica-se à análise da capacidade de financiamento desta empresa; e a Etapa V refere-se à comparação entre preço e custo.

PARTE II

PROCEDIMENTOS PARA A ANÁLISE ECONÔMICA DA PRÁTICA DE PREÇOS PREDATÓRIOS

2.1 Etapas do Guia

8. Nesta segunda parte estão esquematicamente resumidos cinco cenários básicos que podem ocorrer durante a análise de um processo de investigação de preços predatórios. Quatro entre os cinco cenários não configuram uma estratégia de preços predatórios dado que as condições necessárias não estão presentes e, por isso, o processo é arquivado.

9. No quinto cenário, se o preço praticado pela representada for menor que o custo variável médio, ou então se for superior a este custo mas inferior ao total médio e, além disso, não houve contração na demanda ou excesso repentino de capacidade produtiva, fica comprovada a existência de preço predatório e, dessa forma, a representada estará sujeita a sanções.

10. Na medida do possível, os pareceres emitidos pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) deverão apresentar uma conclusão correspondente a alguns dos cenários mencionados. Quando a conclusão apresentada não corresponder a nenhum deles, o parecer deverá explicitar as razões para tal especificidade.

11. A figura presente no Apêndice II ilustra o procedimento de tomada de decisão da SEAE, que será devidamente explicado nas próximas seções deste Guia.

2.2 Do Mercado Relevante Afetado

12. Ao iniciar a investigação sobre uma conduta de preço predatório, o primeiro passo é averiguar a real dimensão do mercado que está sendo afetado pela predação. O instrumento a ser utilizado para a delimitação do mercado relevante afetado (MR_A) é o teste do “monopolista hipotético”, que é definido como sendo o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços⁵.

13. Na prática, o MR_A é determinado em duas etapas. A primeira diz respeito à dimensão produto/serviço e a segunda, à dimensão geográfica.

14. No concernente à primeira parte, tomando como ponto de partida o produto que está sendo vendido abaixo do custo, há que analisar a substitutibilidade pelo lado da demanda deste produto com outros existentes no mercado (a *rationale* segue o teste do monopolista hipotético, já descrita). A substitutibilidade pelo lado da oferta também deve ser levada em consideração, se esta for muito evidente, isto é, se uma firma puder, muito rapidamente, em menos de, aproximadamente, 2 ou 3 meses, sem incorrer em riscos ou custos adicionais significativos⁶, ofertar, em vez do produto A (“seu” produto), o produto B (produto mais lucrativo).

15. No que se refere à segunda parte, dimensão geográfica, deve ser determinada a menor área até onde seria economicamente viável da demanda adquirir os produtos (sentido prospectivo), também seguindo a *rationale* do monopolista hipotético.

16. Os procedimentos para se determinar o MR_A são similares aos definidos no Guia para Análise Econômica de Concentrações Horizontais⁷ e portanto para mais detalhes sugere-se a consulta ao referido documento. Contudo, cabe ressaltar que, no caso de preços predatórios, a delimitação do mercado relevante inicia-se com o produto que está sendo vendido abaixo do custo, enquanto que na análise de concentração horizontal, nos produtos em que há sobreposição entre as empresas que estão se concentrando.

⁵ A SEAE adotará como referência de um “pequeno ... preço” o aumento de 5%, 10% ou 15%, a juízo do técnico, por um período não inferior a um ano.

⁶ Por exemplo, uma fábrica que produz o refrigerante A pode, em princípio, produzir o refrigerante B pois os equipamentos necessários para a sua produção são praticamente os mesmos. Porém, os gastos de propaganda para o lançamento do novo produto, de distribuição, entre outros, envolveriam custo e tempo. Dessa forma não pode ser dito que há substitutibilidade pelo lado da oferta. Neste caso, esta empresa, estaria sendo analisada nas condições de entrada.

⁷ Portaria Interministerial n.º 50 MF/MJ, de agosto de 2001.

2.3 Das Condições de Entrada do Mercado Relevante Afetado

17. Neste item, o objetivo é averiguar se a entrada é fácil. Caso a resposta seja afirmativa a implementação de uma estratégia de preços predatório mostra-se irracional dado que, no longo prazo, a elevação do preço leva à entrada de novas firmas no mercado e, dessa forma, não será alcançado o lucro para compensar o prejuízo no curto prazo. Assim sendo, se comprovado esse cenário, o parecer findaria nesta etapa da investigação. Caso contrário, a investigação deverá que passar para a próxima etapa. Cabe, então, definir o que caracteriza uma entrada como sendo fácil e suficiente.

18. Uma entrada será fácil de ocorrer MR_A quando esta for tempestiva, provável. Uma entrada é tempestiva se esta puder ocorrer em um prazo de aproximadamente dois anos. Entende-se como provável o fato da entrada ser lucrativa e viável.

19. Cabe ressaltar que é interessante, neste item, analisar a participação da representada no mercado relevante afetado. Estas parcelas de mercado devem ser computadas a partir de dados anuais⁸, para um período pelo menos de cinco anos, sobre produção, capacidade produtiva, volume de vendas (quantidade), faturamento da empresa, ou de acordo com o que seja mais adequado para indicar as condições de competição no MR_A.

20. Para mais detalhes sobre os procedimentos para determinar as condições de entrada sugere-se a consulta ao Guia para Análise Econômica de Concentrações Horizontais.

2.4 Da Condição de Oferta da Representada

21. A redução do preço, no curto prazo, gera um incremento da demanda da firma predadora, anteriormente atendida pelos seus concorrentes. Desta forma, para que uma firma implemente uma estratégia de preços predatórios é necessário que esta tenha capacidade produtiva (condição de oferta) para atender essa nova demanda.

22. Na prática, a SEAE terá que analisar duas variáveis: primeira, a capacidade ociosa da empresa predadora, e segunda, a possibilidade de expansão da capacidade instalada.

23. Se a firma predadora possui uma capacidade ociosa capaz de atender o incremento da demanda ou há possibilidade de uma expansão da capacidade produtiva, de maneira rápida e economicamente viável, a investigação deverá proceder para a etapa seguinte, dado que há elementos que viabilizam um estratégia de preço predatório. Caso contrário, a SEAE decidirá pela sua inviabilidade, arquivando o processo.

2.5 Da Capacidade de Financiamento

24. A firma ao implementar a estratégia de preço predatório incorre em prejuízo no curto prazo devido à manutenção do preço abaixo do custo e, além disso, caso precise,

⁸ Os dados não serão anuais a menos que existam evidências de que este período de tempo seja pouco representativo do funcionamento do mercado. Neste último caso, podem ser considerados períodos mais longos.

investimentos para a ampliação da capacidade instalada. Dessa forma, a plausibilidade desta estratégia está necessariamente relacionada à capacidade de financiamento dessa firma.

25. Na prática, a SEAE terá que investigar: primeiro, a capacidade que a empresa predadora possui de financiar-se via terceiros, e segundo, sua capacidade de autofinanciamento.

26. No concernente à capacidade de financiamento via terceiros, não se pode ignorar a possibilidade de que os investidores estejam também interessados em financiar os concorrentes. Portanto, é preciso considerar que o mercado de capitais está disponível aos concorrentes com perspectivas de lucro, e que esse fluxo de financiamento tornaria a predação improvável.

27. No caso específico em que, por algum motivo, verifique-se uma retração nos mercados de capitais, um predador poderia incorrer em uma conduta predatória caso suas próprias fontes de financiamento estivessem imunes aos fatores exógenos que determinam a retração (capacidade de autofinanciamento).

28. Exemplos desse tipo seriam aqueles em que o predador tenha acesso a fontes de financiamento exclusivas, como por exemplo a partir dos lucros que auferem em algum dos mercados onde tem poder de mercado, o que pode ser averiguado pela aplicação da metodologia para determinação de poder de mercado constante no Guia para a Análise Econômica de Atos de Concentração SEAE/SDE. Esse poder de mercado poderá ser constatado no próprio mercado onde está ocorrendo a predação ou, mais habitualmente, em algum outro mercado onde a empresa atue; neste último caso ela estará se valendo de subsídios cruzados para viabilizar a predação no mercado alvo. Em ambos os casos a SEAE considerará provável a predação, se o comportamento predatório e a condição de depressão do mercado de capitais coincidirem no tempo, e por um período apreciável, que variará caso a caso, segundo as características do setor de atividade das empresas sob análise.

29. Outro ponto que cabe ressaltar é que mesmo que os mercados de capitais estejam funcionando normalmente, o predador pode tentar manipular o relacionamento entre os investidores e sua concorrência. Nesse caso, a estratégia predatória se viabiliza pela existência de imperfeições no mercado de capitais, derivadas da existência de assimetrias informacionais. Note-se que no mercado de capitais é comum que o investidor⁹ deva enfrentar problemas de agência ou de risco moral no seu relacionamento com os tomadores de empréstimos. Neste sentido os investidores podem ser muito sensíveis às condições iniciais de desempenho dos tomadores, estipulando condições de término do financiamento que observam um horizonte de tempo restrito, abrindo a possibilidade de que o predador tente alterar a percepção dos investidores acerca da lucratividade das concorrentes.

30. Se a firma não tem acesso a nenhum desses tipos de financiamento, a estratégia de preço predatório torna-se inviável e o parecer finda neste item. Caso contrário, segue-se para a próxima etapa. A SEAE considerará a estratégia de preços predatórios como uma

⁹ A análise pode ser generalizada para englobar não apenas emprestadores externos como também os eventuais acionistas das empresas que formam a concorrência.

estratégia viável quando estiverem presentes uma ou mais das seguintes pré-condições, dentre outras possibilidades:

- (a) os concorrentes dependam de financiamento externo;
- (b) o financiamento externo dos concorrentes seja fortemente condicionado à sua performance inicial (especialmente importante quando se trata de novo entrante);
- (c) os concorrentes possam mostrar que a suposta predação inviabiliza seu fluxo de financiamento externo;
- (d) os concorrentes possam mostrar que o suposto predador tem, ou poderia facilmente ter, conhecimento da sua dependência do financiamento externo;
- (e) o suposto predador possui fontes de financiamento mais seguras e estáveis do que os concorrentes.

31. Caso nenhuma das condições acima descritas esteja presente no processo de investigação, o parecer finda nesta etapa.

2.6 Comparação entre preço e custo

32. Uma vez tendo se estabelecido que existem condições necessárias para a recuperação das perdas incorridas pelo acusado de suposta conduta predatória, a SEAE passará à etapa seguinte, na qual devem ser analisados os fatores referentes ao exercício da predação propriamente dita.

33. Um elemento fundamental na determinação de condutas predatórias é a obtenção de provas da ocorrência injustificada de vendas a preços abaixo do custo, tal como o determina a Lei nº 8.884, de 1994, art. 21, inciso XVIII. Este procedimento requer portanto o estabelecimento de um padrão de comparação e, a despeito de algumas eventuais imperfeições, é amplamente utilizado por agências antitruste ao redor do mundo, principalmente quando acompanhado por considerações adicionais, como feito neste Guia.

34. Uma definição excessivamente inclusiva do que seria uma “venda abaixo do custo” poderia ter conseqüências danosas ao bem estar do consumidor, pois haveria a possibilidade de confundir-se uma prática predatória com uma competição vigorosa, inibindo-se ou constringendo esta última. Por exemplo, não raro se confunde “preços abaixo do custo” com “preços abaixo dos preços de mercado”, o que é evidentemente impróprio, dado que um entrante mais eficiente poderia facilmente realizar vendas a preços inferiores aos anteriormente praticados em um dado mercado.

35. Na análise dos custos de produção, serão levados em conta os custos médio total e o variável médio. Serão considerados como custos variáveis os custos do trabalho, materiais, energia, gastos promocionais, depreciação da planta relacionada ao uso e outros custos que variem com a produção; como custos fixos aqueles associados aos investimentos em capital físico e maquinaria, bem como os demais ativos fixos que não variam com a produção; e como custo médio total a soma do custo variável médio e do custo fixo médio. Sempre que possível, os custos devem ser avaliados por antecipação, e não por lançamento contábil (custo histórico).

36. Para averiguar se uma determinada empresa está praticando preços predatórios é necessário analisar a relação entre as variáveis preço, custo variável médio e custo médio total. Esta comparação gera três possíveis hipóteses:

37. A primeira seria quando o preço fosse igual ou superior ao custo médio total de produção. Neste caso, não há preço predatório e, dessa forma, o parecer será favorável à representada e o processo será arquivado.

38. Já na segunda, seria quando o preço estivesse entre o custo médio total e o custo variável médio. Neste caso, a firma é considerada sob suspeita de prática predatória. As condições de demanda e de oferta terão que ser analisadas, pois há a possibilidade dessa firma estar realizando uma política de minimização de perdas, em face do custo elevado para saída do mercado.

39. No concernente às condições de demanda, deverá ser verificado se houve alguma contração repentina da demanda na indústria que pudesse justificar a necessidade de vendas abaixo do preço de custo, pois é preferível conseguir algum retorno sobre os investimentos já realizados na produção (custos de matérias primas, custo de estoque, ou custos fixos). Nesse caso, geralmente a venda dos preços abaixo do custo estará amplamente difundida pela indústria, a menos que exista alguma diferenciação de produto que justifique um impacto assimétrico da contração da demanda sobre o mercado.

40. Já com relação às condições de oferta, o excesso de capacidade em uma indústria pode estar determinado pela operação das forças de mercado. O procedimento estabelecido neste guia dedica especial atenção aos excessos de capacidade de caráter repentino, capazes de gerar a necessidade de vendas abaixo do preço de custo, tais como aqueles derivados de uma contração da demanda, como vimos no item 39 acima¹⁰. Entretanto, existem indústrias cuja demanda apresenta comportamento marcadamente sazonal; neste caso, principalmente quando existem custos fixos razoavelmente altos, como ocorre com as indústrias capital-intensivas, é de se esperar que a capacidade produtiva não se ajuste rapidamente à demanda e as empresas prefiram manter capacidade ociosa. Em tais situações uma redução de preço é possível, e a característica fundamental a ser observada é a ampla difusão de preços reduzidos na indústria nesses períodos.

41. Caso alguma das duas condições acima esteja presente na análise, a comprovação da prática de preços predatórios fica prejudicada e, assim, o processo é arquivado. Caso contrário, ou seja, não haja nenhuma condição plausível para um preço situado nesse patamar, e, além disso, se verificar que a empresa acusada esteja negligenciando propositadamente oportunidades de aumentar seu preço em contingência de demanda crescente, com o intuito de gerar efeitos anticompetitivos, os preços serão considerados injustificadamente baixos, configurando-se, assim, uma estratégia predadora e passível de pena.

¹⁰ Excessos de capacidade crônicos podem indicar que o mercado precisa chegar a um novo equilíbrio; neste caso, as perdas derivadas de preços abaixo do custo podem estar indicando simplesmente que parte da indústria deverá desaparecer pela dinâmica das forças de mercado.

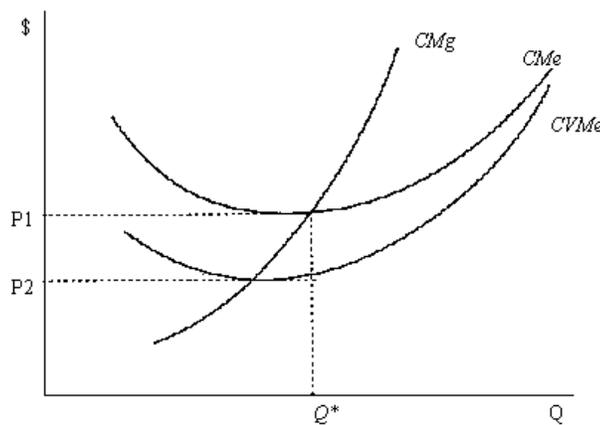
E, por fim, a terceira hipótese seria o preço inferior ao custo variável médio. Neste caso, esta Seae julga que configura-se uma prática predatória.

APÊNDICE I

O conceito de preços predatórios pode ser ilustrado através de uma firma dominante que impõe preços abaixo do custo médio de produção, durante um período de tempo suficientemente longo, tendo por intenção expulsar alguns rivais ou deter a entrada de outras para que, no momento seguinte, possa elevar seus preços, significativamente, na tentativa de recuperar suas perdas iniciais em um mercado menos competitivo. De acordo com esta ordem, a estratégia de preços predatórios constitui um investimento em perdas, por um determinado período de tempo, com a perspectiva de se obter retornos suficientemente altos no futuro. As figuras 1 e 2 abaixo ilustram melhor as definições.

FIGURA 01

Custo Médio Total (CMe), Custo Variável Médio (CVMe) e Custo Marginal (CMg)

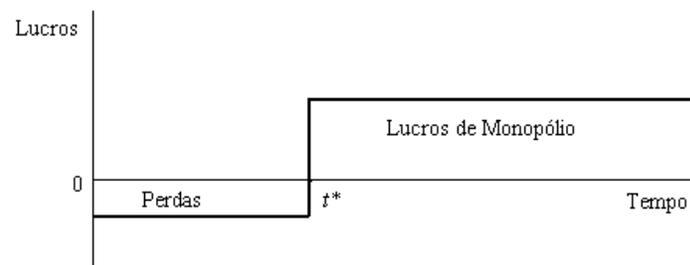


Na figura 1, a persistência de um preço abaixo de P1 seria suficiente para retirar a firma do mercado a longo prazo, na medida que ela não conseguiria cobrir seu custo médio total e, portanto, teria prejuízos no sentido econômico. Para retirar um concorrente do mercado em um espaço de tempo menor, seria necessário que o predador cobrasse um preço menor do que P2. Nesse nível, a firma afetada pela conduta não conseguiria cobrir os custos variáveis de operação, sendo melhor se afastar do mercado para evitar prejuízos.

A figura 2 mostra o *timing* de uma estratégia bem sucedida. A firma dominante deve manter seus preços baixos por um período de tempo suficientemente longo para que seus

rivais sejam expulsos do mercado. Nesse intervalo de tempo, o predador sofre perdas – lucros negativos – juntamente com seus rivais até um período t^* . Após esse período, os rivais acabam por sair do mercado e o predador pode aumentar seus preços até o nível de monopólio e se beneficiar de lucros positivos.

FIGURA 02



APÊNDICE II

