

Ministério da Justiça

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

Gabinete do Conselheiro Mércio Felsky

Processo Administrativo nº 08000.013002/95-97

Representante: Labnew Indústria e Comércio Ltda.

Representadas: Merck S.A. Indústrias Químicas e MB Bioquímica Ltda.

Relator: Conselheiro Mércio Felsky

ACÓRDÃO

Ementa: Acusação de preço predatório e de criação de dificuldade a empresa concorrente. Art. 21, incs. V e XVIII, c/c art. 20, inc. I, da Lei 8.884/94. Análise das condições estruturais do mercado: 1) mercado relevante de produto: tubos para coleta de sangue a vácuo, sem distinção do tipo ou tamanho; 2) mercado relevante geográfico: território nacional; 3) estrutura do mercado: mercado concentrado; 4) barreiras à entrada: elevadas; mercado relativamente contestável por exportações; ausência de concorrência potencial vigorosa; 5) inexistência de posição dominante. Necessidade da comparação custo/preços de venda. A prática alegada não configura preço predatório. Arquivamento.

I - Preço predatório é o preço abaixo do custo variável médio visando eliminar concorrentes (Resolução nº 20/99), e a conduta não pode ser esporádica e de pequeno alcance;

II - O preço predatório deve ser distinguido do simples underselling e do dumping, visto que o primeiro, por si só, não é ato punível pela norma, enquanto o segundo escapa à competência do CADE;

III - A não detenção de posição dominante por parte do agente não o impossibilita de praticar infrações à ordem econômica;

IV - O exame da prática requer avaliação das condições objetivas do mercado quando, não sendo suficiente para uma presunção conclusiva, passa-se à avaliação das condições efetivas de custo e de preços de venda;

V - A comparação custo/preço deve ser feita sobre toda a linha de produtos, e não na base de produto a produto;

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, determinar o arquivamento do processo administrativo. Participaram do julgamento o Presidente João Grandino Rodas, os Conselheiros Mércio Felsky, Hebe Romano, declarando-se impedida, Thompson Andrade, Celso Campilongo e Afonso A.

de Mello Franco Neto. Presente o Procurador-Geral Amauri Serralvo. Brasília, 30 de maio de 2001 (data do julgamento).

JOÃO GRANDINO RODAS

Presidente do Conselho

MÉRCIO FELSKY

Conselheiro-Relator

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR³ MÉRCIO FELSKY

EMENTA: Acusação de preço predatório e de criação de dificuldade a empresa concorrente. Art. 21, incs. V e XVIII, c/c art. 20, inc. I, da Lei 8.884/94. Análise das condições estruturais do mercado: 1) mercado relevante de produto: tubos para coleta de sangue a vácuo, sem distinção do tipo ou tamanho; 2) mercado relevante geográfico: território nacional; 3) estrutura do mercado: mercado concentrado; 4) barreiras à entrada: elevadas; mercado relativamente contestável por exportações; ausência de concorrência potencial vigorosa; 5) inexistência de posição dominante. Necessidade da comparação custo/preços de venda. A prática alegada não configura preço predatório. Arquivamento.

I - Preço predatório é o preço abaixo do custo variável médio visando eliminar concorrentes (Resolução nº 20/99), e a conduta não pode ser esporádica e de pequeno alcance;

II - O preço predatório deve ser distinguido do simples underselling e do dumping, visto que o primeiro, por si só, não é ato punível pela norma, enquanto o segundo escapa à competência do CADE;

III - A não detenção de posição dominante por parte do agente não o impossibilita de praticar infrações à ordem econômica;

IV - O exame da prática requer avaliação das condições objetivas do mercado quando, não sendo suficiente para uma presunção conclusiva, passa-se à avaliação das condições efetivas de custo e de preços de venda;

V - A comparação custo/preço deve ser feita sobre toda a linha de produtos, e não na base de produto a produto.

I. CARACTERIZAÇÃO DA CONDUTA

Segundo a representação de autoria da Labnew, a Merck S.A. e sua subsidiária MB Bioquímica Ltda. estavam, desde Setembro de 1994, vendendo tubos para coleta de sangue a vácuo a preços abaixo do custo, criando dificuldades ao seu funcionamento e desenvolvimento, prática que se enquadraria no art. 21, incisos V e XVIII, c/c o disposto no art. 20, inc. I, da Lei nº 8.884/94. Registre-se que a representante entrou também no DECOM/MICT com pedido de abertura de investigação de dumping nas importações originá-

³ Este voto contou com a assessoria do Assessor Processual do CADE, Valdomiro Almeida

rias dos EUA, desses tubos, pela Merck e MB, tendo sido imposta sobretaxa, constatada a irregularidade.

Cumpra inicialmente distinguir conceitualmente as diversas práticas comerciais relacionadas a preço, visto que, quase sempre, ocorre um equívoco conceitual quando se menciona o termo “dumping”, confundindo esta prática comercial com outras práticas consistentes em vendas a preço inferior ao custo (underselling) e em vendas a baixo preço, destinadas à eliminação de concorrentes (preço predatório).⁴

Fundamentalmente, o dumping se caracteriza pela discriminação de preços entre mercados nacionais distintos. O underselling pode ser identificado a partir da venda de produtos abaixo de seu preço de custo. O preço predatório, a seu turno, será identificável como prática visando à eliminação de concorrentes, através da venda de produtos a preços impraticáveis no mercado interno.

Destas definições, infere-se que: a) as três práticas podem ocorrer concomitantemente, no exemplo do produtor estrangeiro que exporta a preço de dumping, e revende no mercado interno abaixo do preço de custo, visando a eliminar os concorrentes nacionais; mas b) pode também ocorrer que não exista correlação entre essas práticas, se por exemplo: (i) o produtor estrangeiro pratica dumping porque possui domínio de seu mercado nacional, praticando preços maiores ali; (ii) o produtor revende abaixo do preço de custo em razão de um excesso de estoques, inexistindo intuito, ou possibilidade, de dominação de mercado.

Assim, ressalte-se a relevância da distinção entre preço predatório e underselling. Como se pode observar, a prática deste último nem sempre será punível, ao contrário do que ocorre com o preço predatório (que normalmente se subsume nas condutas puníveis pelo direito antitruste de cada país, quando este existe na ordem jurídica interna).⁵

⁴ As distinções conceituais foram extraídas de Welber Barral, "*Dumping, Underselling e Preço Predatório*", in CADE. Revista de Dir. Econômico nº 29, Jan./Jul. 1999, pp. 129-144.

⁵ Barral, W. (ob. cit., p. 132), nota que na doutrina pátria, a advertência sobre esta distinção foi anotada, já em 1990 (Villanova Nogueira, M. R., "Conceito de 'underselling' ('dumping') dentro do Anteprojeto da nova Lei Antitruste", R. de Inf. Legislativa, Brasília, ano 27, nº 107, jul./set. 1990), sem contudo, se refletir imediatamente na prática da autoridade antitruste brasileira que vinha utilizando “dumping” e “underselling” como sinônimos. O autor cita como exemplo votos nos processos administrativos nº 9/74, 20/78, 41/83, 65/87 e 75/87).

Além dessas distinções conceituais, observe-se também que o dumping será investigado pelas autoridades nacionais normalmente vinculadas ao comércio exterior de cada país, que, se membros da Organização Mundial do Comércio (OMC), se orientarão pelo Acordo Antidumping da Rodada Uruguai. Quanto ao underselling e ao preço predatório, sua repressão dependerá da existência de normas nacionais de defesa da concorrência, a serem aplicadas pelas autoridades indicadas por estas leis nacionais.

A distinção entre os conceitos, frise-se, têm conseqüências práticas, uma vez que, como regra geral, a importação de produtos com dumping escapa à competência do CADE e às normas de defesa da concorrência, com a exceção do caso de país não-membro da OMC, conforme o art. 91 da Lei 8.884/94.

Quanto ao underselling, sua prática, no Brasil, pode se subsumir na Lei Antitruste. Entretanto, o underselling não será, por si só, um ato punível pela norma repressora. Isto somente efetivará se concomitantemente ocorrer a prática do preço predatório, isto é, se o ato tiver por efeito a limitação da concorrência, a dominação do mercado, o aumento arbitrário do lucro ou o exercício abusivo de posição dominante, sendo esta presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% do mercado relevante (art. 20, inc. I a IV e § 3º, da Lei 8.884/94).

Assim reza o art. 21 da Lei:

“Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

XVIII – vender injustificadamente mercadoria a baixo do preço de custo; (grifei)

A definição legal na combinação do art. 21 com o art. 20, portanto, é a de preço predatório, este sim, sempre será punível pela Lei Antitruste quando ficar provado, ainda que não advenha da prática de dumping.⁶

⁶ Segundo o autor citado, pode ocorrer a prática de preço predatório, ainda que não advinda do *underselling* se o produtor vende com *baixíssimos níveis de lucro* visando somente à eliminação dos concorrentes, portanto, neste caso, para a configuração da infração, não seria requerido a venda abaixo do preço de custo. Segundo o autor, a subsunção normativa se efetivará a partir da hipótese na lei que caracteriza como infração da ordem econômica, os atos “sob qualquer forma manifestados”, que prejudiquem a livre concorrência; objetivem à dominação do mercado, ou ainda, possam

Tal como prevista na Seção 2 do Sherman Antitrust Act de 1890 (EUA), do mesmo modo também nos artigos 20 e 21 da Lei antitruste brasileira, predação pode ser considerada como uma espécie de estratégia adotada por qualquer firma numa tentativa de monopolizar o mercado de algum produto. Mas, no caso clássico definido pela doutrina, somente uma firma dominante faria seus preços mais baixos o suficiente para impor perdas a seus rivais. Expulsando-os do mercado, o predador estaria livre para impor preços mais altos depois, com o conseqüente dano ao consumidor devido ao seu poder de mercado não constringido.⁷

O entendimento predominante do predatory pricing é o dos teóricos da Escola de Chicago segundo o qual a prática é irracional e raramente observada no mundo real. Este ceticismo se deve à irracionalidade presumida de uma firma na prática de preços em níveis predatórios para maximizar lucros. Assumindo um ambiente perfeitamente competitivo, uma firma engajada em tal conduta, incorreria em severas perdas de curto prazo na sua tentativa de causar prejuízo aos rivais, que ela racionalmente não consideraria tal estratégia. Ainda que a firma engajasse em tal conduta e fosse bem sucedida na eliminação dos rivais, para ser lucrativo, a firma predadora necessitaria recuperar as perdas por meio de elevação de preços mais tarde a níveis supracompetitivos. Num ambiente de completa informação, preços em tais níveis atrairia novos competidores (na esperança de obter lucros supranormais), reduzindo as chances da firma, de recuperação de suas perdas. Percebendo isso, a firma calcularia a baixa probabilidade de recuperação dos lucros perdidos e evitaria tal conduta.

A concepção acima é atualmente esposada por um grande número de economistas e especialistas antitruste e tornou-se influente entre os organismos reguladores norte-americanos e também no Judiciário. Um exemplo disso, é que as agências federais, nos Estados Unidos, têm deixado de mandar casos de preços predatórios para a Justiça.

Num dos casos mais recentes que chegou à Suprema Corte, esta estabeleceu que "preços abaixo de uma medida apropriada de custos do acusado" era um pré-requisito para a responsabilização pelo preço predatório. De

produzir o aumento arbitrário de lucro ou o exercício abusivo de posição dominante (Lei 8.884/94, art. 20).

⁷ Boa parte dos argumentos doutrinários expendidos ao longo desse voto foram extraídos de um interessante trabalho recentemente publicado pelo Ministério da Fazenda/SEAE, Documento de Trabalho nº 5, "*Antitrust and Predation - Reflections on the State of Art*", Out./2000, de autoria de **Marcelo de Matos Ramos**.

acordo com a Suprema Corte, a regra do preço abaixo do custo é justificada pelas seguintes razões:

Primeiro, preços acima de uma medida relevante de custo pode refletir uma estrutura de custos mais baixos da firma e, então, representa competição baseada no mérito;

Segundo, a Corte concluiu que seria imprudente condenar cortes de preço quando a firma corta seus preços a um nível acima dos custos por propósitos anticoncorrenciais. Os cortes de preço começaria uma cadeia de eventos tendentes a resultar na quebra dos preços de oligopólio e no começo da concorrência. E mesmo se os preços voltarem aos níveis anteriores, condenar os cortes de preços é privar os consumidores dos benefícios de preços mais baixos no intervalo de tempo;

Terceiro, a Corte entendeu que condenar cortes de preço acima do custo, estaria além da capacidade prática de um tribunal judiciário e seria algo difícil de controlar sem que isso gerasse riscos intoleráveis de desestimular cortes de preços legítimos.

A análise feita no caso presente tratou de confirmar, a partir da análise das informações contidas na farta documentação existente nos autos, se são consistentes para a identificação da prática de preços predatórios, os indícios apontados pela Representante. Diga-se desde logo, que todos os pareceres exarados (SEAE/MF, SDE/MJ e Procuradoria do CADE) não endossaram a queixa da representação, com o que não se conformou a petionária, o que está demonstrado pelo intenso contraditório entre esta e os órgãos antitruste durante a instrução. De qualquer maneira, o CADE é a última e definitiva instância decisória sobre a questão, no âmbito do Poder Executivo (arts. 39 e 50, da Lei 8.884/94), cabendo às partes evidentemente a via do Poder Judiciário caso tenham por ameaçados os seus direitos, conforme disposição do texto constitucional (Art. 5º, inc. XXXV, da C.F.).

Em se tratando de atividade de comercialização no mercado interno de produtos importados, dispensável é dizer que, no âmbito da defesa da concorrência, não se questionou se os custos de importação eram altos ou demasiadamente baixos, isto é, se resultavam ou não de dumping. Esta prática foi devidamente investigada pelo órgão competente, o DECOM, e reparada pelo governo brasileiro (Portaria Interministerial MICT/MF nº 22, de 09.10.98, D.O.U., nº 198-E, de 16.10.98, Seção 1). Ao Relator interessou somente verificar se as condições do mercado relevante devidamente delimitado e se as

informações juntadas aos autos pela instrução, ou possíveis de serem coligidas, indicariam com segurança a procedência da denúncia. Assim, as informações de custo quando consideradas, foram aquelas incorridas com, e a partir da internação do produto no mercado interno, ignorando-se as alegações de dumping, por não ser este o foro competente.⁸

Apesar dos insistentes esforços empreendidos pela Representante para prover os órgãos de instrução do processo de "evidências" da conduta predatória das empresas do grupo Merck, chegando a reivindicar da SDE, por diversas vezes, uma ordem de cessação da suposta prática, tais evidências nos autos não são tão visíveis como pretendeu tantas vezes "demonstrar" a reclamante. As dificuldades surgiram já nas petições da própria Representante, pela confusão existente quanto à conduta que se queria denunciar, não se distinguindo uma de outra dentre as diversas condutas comerciais relacionadas a preço. Ora denunciava-se o dumping predatório, ora casos isolados de preços abaixo do custo, e ora, ainda, alegações de preço predatório no mercado interno, tomando essas expressões como sinônimas, e parecendo desconhecer o arranjo institucional existente no País para dar conta dessas questões por meio de diferentes canais competentes.

Além disso, a própria prova de preço predatório e a aplicação da legislação anti-predatória é um dos temas mais difíceis e mais complexos em todo o campo da política antitruste, o que é reconhecido por todos os especialistas na matéria. Não somente porque um dos objetivos da legislação antitruste é o de justamente promover preços baixos, mas também porque a relação entre preços e custos das empresas é freqüentemente ambígua e de calculabilidade duvidosa. A redução dos preços de uma empresa pode ser simplesmente o resultado de um salutar processo competitivo, normal nas economias de mercado. Daí que as agências têm procurado estabelecer regras operacionais para discriminar ataques predatórios ilegais da concorrência baseada em méritos, até porque precisam ser constantemente lembradas que o antitrust enforcement deve proteger a concorrência, não os concorrentes. Conforme avisa Gabrielle Marceau,

⁸ Poder-se-ia argumentar que o preço predatório poderia estar sendo praticado não pelas empresas brasileiras Merck e MB, mas pela fornecedora delas, a exportadora Terumo (USA). Nesse caso, o corte feito pela análise do Relator não identificaria a infração. É falso esse argumento porque, se tal acontecesse, o preço predatório (venda abaixo do custo) praticado pela firma estrangeira seria captado pela investigação de *dumping*, porque, via de regra, considerando-se a atuação de uma firma estrangeira no seu mercado, toda prática de preço predatório nas exportações será também um *dumping*, embora nem todo *dumping* seja também um preço predatório.

"O eventual erro de julgamento por parte das autoridades de defesa da concorrência, nesses casos, implica a geração de maiores preços para os consumidores e a coibição das condutas em relação às quais a lei antitruste de qualquer país deseja justamente estimular e proteger: condutas competitivas, voltadas, ainda que não exclusivamente, para a redução de preços. A dificuldade de distinguir concorrência de predação tem levado economistas e advogados a prover possíveis testes ou regras prontas para reconhecer predação em preço. Tais testes buscam distinguir os competidores não-eficientes dos eficientes. Não há, entretanto, nenhum consenso em como identificar práticas predatórias domésticas *ex ante*. A dificuldade ocorre porque a linha divisória entre um preço altamente competitivo e um preço predatório é bastante tênue. Não existe uma única definição aceita do que constitui predação. Daí que essa prática é basicamente definida em razão de sua conseqüência: a eliminação do concorrente eficiente, aquele cuja existência, de certa forma, representa um benefício para os consumidores".⁹

De todo modo, é preciso deixar claro que a lei antitruste brasileira não inclui entre as condutas infrativas da ordem econômica a simples redução de preços, pelo contrário, a concorrência deve ser preservada justamente para se garantir, dentre outros fatos, preços mais baixos aos consumidores. O que a lei considera anticompetitivo, repita-se, é a adoção injustificada de preços abaixo do custo que tenha por objetivo ou efeito, ainda que não sejam alcançados, limitar ou prejudicar a livre concorrência, dominar mercado relevante de bens ou serviços, ou seja, todos aqueles previstos nos incisos do art. 20 da Lei 8.884/94. A Resolução 20 define o tipo legal contido na norma como sen-

⁹ "Anti-Dumping and Anti-Trust Issues in Free Trade Areas". Clarendon Press. Oxford (NY) 1997, p. 19. Segundo a autora, vários aspectos dessa afirmação simples remanescem não resolvidos. A autora pergunta: O que é um competidor eficiente? O que é eficiência? Que período temporal de referência deve ser tomado para análise? Deve a predação dizer respeito somente com eficiência? Existe alguma circunstância em que um ofertante menos eficiente deveria ser protegido? Devem tentativas de predação serem punidas? A história do Sherman Act identifica "eficiência econômica" com "produção em escala a baixo custo unitário", o que teria a ver com a própria competitividade interna e externa das empresas e com o próprio bem-estar do consumidor.

do a prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando (com o intuito de) eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista.

A lei também não admite uma condenação per se da prática de preços abaixo do custo, de forma que a Resolução 20/99 do CADE orienta que o exame dessa prática requer avaliação detalhada das condições efetivas de custos e do comportamento dos preços ao longo do tempo, a fim de não permitir que práticas sazonais normais venham a ser consideradas abusivas. Além disso, a Resolução 20 recomenda também a análise do comportamento estratégico da Representada, avaliando-se as condições objetivas do mercado, isto é, se há condições de ganhos potencialmente extraordinários posteriores suficientemente elevados e capazes de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo. Este segundo passo é o chamado recoupment requirement, condição introduzida na análise pela Suprema Corte americana e definida como a capacidade de uma firma ter uma "perspectiva razoável" ou uma "perigosa probabilidade" de recuperar seu investimento em preços abaixo do custo por meio dos subseqüentes lucros de monopólio. Assim fazendo, o CADE segue a prática das cortes americanas — que desde o começo dos anos 80 adotaram, inteiramente, a teoria neoclássica-liberal — teoria essa desenvolvida pela chamada Escola de Chicago.

A rationale por trás do recoupment requirement é que se um predador falha em eliminar seus rivais, então ele não recuperará suas perdas. Nesse caso, não haveria nenhum dano à concorrência, e os consumidores beneficiar-se-iam dos preços abaixo do custo.

A Suprema Corte dos EUA utilizou o teste recoupment requirement no caso *Brooke Group Ltd. v Brown & Williamson Tobacco Corp.*, onde avaliou muitas situações em que a recuperação das perdas é improvável: (i) quando um mercado é altamente difuso e competitivo; (ii) quando uma nova entrada no mercado é fácil; e (iii) quando o alegado predador não dispõe de excesso de capacidade para absorver os market share's de seus rivais e não pode rapidamente criar ou adquirir nova capacidade.

Nos casos em que a recuperação das perdas não se mostra provável a Corte recomenda uma análise sumária. Nos casos remanescentes, o recoupment requirement seria satisfeito se um reclamante utilizasse um dos seguintes caminhos: (i) usaria informações de preço e produção para provar que preços supra-competitivos efetivamente ocorreram; (ii) alternativamente, poderia trazer evidências sobre o mercado e a conduta do acusado para mostrar que o esquema provavelmente teria resultado em preços de oligopólio e coordenação tácita (cf. MF/SEAE, ob. cit., p. 17).

Fagundes, J. explica que, em geral, a literatura antitruste aponta para as seguintes pré-condições, necessárias, ainda que não suficientes, para que uma ação de preço predatório seja racionalmente viável:

(i) as empresas vítimas devem ser suficientemente pequenas e frágeis ou apresentarem custos suficientemente elevados, de forma a permitir que o predador possa discipliná-las ou retirá-las do mercado;

(ii) a estrutura do mercado deve permitir que o predador possa prever um período durante o qual ele possa cobrar preços monopólicos; e

(iii) o valor presente dos lucros associados ao período durante o qual o preço será de monopólio deve superar os prejuízos presentes ligados à prática do preço predatório.¹⁰

A Resolução 20 ao definir que preço predatório é o preço abaixo do custo variável médio, optou pelo chamado teste de Areeda e Turner que sugere esse custo como uma proxy razoável do custo marginal (este, difícil de obter) e que assevera que a conduta só é exclusionária se demonstrada a prática de preço abaixo desse custo. Ressalte-se, todavia, que na definição dada pela Resolução 20, está implícito o reconhecimento que um preço inferior ao custo variável médio é, também, uma condição necessária, mas não suficiente, para a existência de um preço predatório. É nítida a existência de um elemento subjetivo no conceito que é “... visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista”. Então, está claro, a simples venda por preço abaixo do custo variável não é considerado preço predatório, nos termos da Resolução 20/99 do CADE.

Mas nem mesmo a estimativa do custo variável médio é um trabalho trivial. Terry Calvani observa que o problema com o teste Areeda-Turner baseado no custo é que ele não é fácil de aplicar na realidade, e as tentativas de estimá-lo no caso presente, com todas as informações necessárias disponíveis nos autos, confirmaram as dificuldades no cálculo do custo.¹¹

¹⁰ II Curso de Defesa da Concorrência. Análise de Condutas Anticoncorrenciais. Coordenação Mário Possas (CADE - 1999); W. Barral (ob. cit.), p. 136, cita também Forgioni, 1998; e OCDE. *Predatory pricing*. Paris: OCDE, 1989.

¹¹ Terry Calvani (Comentários sobre a Resolução 20 do CADE, em 12/04/98) observa que a publicação em 1975 do artigo "*Predatory Pricing end Related Practices Under*

Essas dificuldades têm levado vários tribunais nos E.U.A. a analisar as condições estruturais do mercado, antes da etapa de comparação preço/custos. Caso essas condições revelem a impraticabilidade da conduta em questão, o caso encerra-se automaticamente, como já foi mencionado.

O raciocínio que suporta esse método é simples: supondo-se que os gerentes são minimamente racionais quando implementam suas estratégias e conhecem as características básicas dos mercados onde suas empresas atuam, pergunta-se: — determinada ação como o preço predatório, poderia fazer sentido do ponto de vista de racionalidade econômica?

Quais são, então, as condições estruturais que podem viabilizar a prática de preços predatórios? Em outras palavras, quais aquelas características estruturais que, se presentes no mercado, tornariam a decisão de uma firma de praticar preços predatórios minimamente racional e que, na sua ausência, implicariam a irracionalidade da empresa, posto que sua ação estaria fadada ao fracasso? Basicamente são cinco as condições estruturais necessárias, mas não suficientes, para que haja possibilidade de conduta predatória:

(i) o mercado relevante deve ser extremamente concentrado. Preços predatórios são incompatíveis com mercados competitivos;

(ii) o predador deve possuir posição dominante, isto é elevado market share. Caso contrário, não será capaz de elevar seu poder de mercado o suficiente para cobrar, pós-predação, preços de monopólio;

(iii) o nível de barreiras à entrada deve ser alto. Caso contrário, o predador, mesmo que tenha sucesso, não poderá au-

Section 2 of the Sherman Act", pelos professores de Harvard, Donald F. Turner e Philip Areeda, mudou radicalmente a visão americana desse tema. O artigo de Areeda & Turner sugere que (a) qualquer preço igual ou acima dos custos marginais de curto-prazo "razoavelmente antecipados" é não-predatório; (b) um preço abaixo do custo marginal é predatório, exceto se igual ou acima do custo total médio; e, (c) sendo os dados sobre custos marginais difíceis de obter, os custos médios variáveis, que são muito mais fáceis de calcular, devem ser usados pelas cortes como um substituto para os custos marginais. Como também observa Terry Calvani, o artigo parte de uma análise estática (comparativa) do equilíbrio da firma no curto prazo, usada em todos textos introdutórios de teoria dos preços. O teorema contido nos livros-textos afirma que o preço baseado no custo marginal reflete uma alocação eficiente de recursos (lucro máximo).

mentar os preços pós-predação, posto que tal atitude atrairia novos concorrentes;

(iv) o predador deve possuir excesso de capacidade instalada, ao contrário de seus competidores, para poder absorver as vendas de seus rivais no curto prazo que surgirá com a saída deles;

(v) a prática de preço predatório é lucrativa somente se os ativos dos rivais expulsos forem removidos do mercado, caso contrário um rival remanescente ou qualquer outra empresa poderia comprar os ativos a preços reduzidos, adquirindo uma vantagem competitiva sobre o próprio predador.

O objetivo final do teste de todas essas condições, em especial, as condições de entrada, é avaliar se o 'recoupment' é provável, isto é, se a recuperação das perdas seria uma hipótese racional. Ainda de acordo com Terry Calvani (ob. cit.), o teste do recoupment é uma garantia mais fácil do que a caracterização do custo. Se essas condições estruturais não estiverem presentes no mercado relevante onde atua o predador, não há bases racionais, do ponto de vista econômico, para se sustentar uma acusação de preço predatório. Logo, a análise das condições do mercado relevante é uma etapa imprescindível no julgamento desses casos, antecedendo a fase da comparação dentre preços e custos da suposta empresa predadora.

Deve ser mencionado que a lógica da Escola de Chicago têm recebido ataques, com conseqüências diretas no pensamento antitruste. Como procurei deixar claro, os procedimentos atuais de verificação do preço predatório contam primordialmente com as suposições comportamentais da teoria neoclássica de preços. Esse corpo de idéias constrói um modelo de comportamento empresarial em que é assumido que as partes são motivadas exclusivamente pela maximização de lucro, possuem informação perfeita, e agem calculadamente de forma racional em suas decisões. No entanto, a pesquisa moderna parece mostrar que isto pode não ser toda a verdade sobre o comportamento humano.¹²

¹² O programa de pesquisas nessa direção é conduzido pela chamada Escola de Harvard de onde surgiu o paradigma Estrutura-Condução-Desempenho do pioneiro Edward Mason, nos anos 30, desenvolvido por Joe Bain e, depois por Scherer. M. Posas (ob. cit.) explica que quase toda a abundante produção acadêmica na área de economia industrial, em particular a pesquisa empírica, segue de forma explícita ou não o modelo de J. Bain (*Industrial Organization, 1959*), incorporando desse autor a sugestão de tomar a concentração econômica como o elemento básico da estrutura e a in-

Afora a observação acima, é preciso ver que a recuperação das perdas nem sempre é um objetivo imediato ou de curto prazo das empresas. Além disso, parece patente que o receituário acima proposto tem como quadro de referência firmas cujas receitas dependem da linha de produção de um só produto. Tenho minhas dúvidas se o recoupment seria uma condição sine qua non para a prática predatória no caso de firmas multiproduto, como é, em geral, o que acontece no mundo real. Nos casos concretos, a prática do subsídio cruzado pode se mostrar necessária como uma estratégia temporária para deslocar um concorrente incômodo. Elizabeth Farina¹³ concorda que a prática de preços predatórios está, em geral, amparada pela concessão de subsídio cruzado para financiá-la. Esse subsídio cruzado pode ser implantado através de uma discriminação de preços, quando se trata de um produto único. Se a firma é multiprodutora ou faz parte de um conglomerado, o mesmo subsídio cruzado pode ser financiado pelo lucro de monopólio obtido com outros produtos.

Segundo a Representante esse era o procedimento das Representadas, ponto que abordarei mais adiante. De qualquer maneira, o primeiro passo será, então, a análise das condições estruturais do mercado.

II - ANÁLISE DAS CONDIÇÕES ESTRUTURAIS DO MERCADO

II.1 Mercado relevante

A primeira noção de mercado relevante é que este tem de ser definido como um locus (produto/região) em que o poder de mercado possa ser (hipoteticamente) exercido.

O mercado relevante de produto é o de tubos de vidro ou plástico para coleta de sangue a vácuo. Tais tubos foram projetados para substituir as

tensidade das barreiras à entrada como um indicador-chave do poder de mercado das empresas oligopolistas e co-determinante do nível dos preços (p. 89). Essa abordagem, também conhecida como "estruturalista", sustenta que a estrutura condiciona a conduta das firmas e o desempenho do mercado, embora seus autores reconheçam que a causalidade não flui em uma só direção. Os trabalhos mais recentes em Organização Industrial exploram muitos dos aspectos tratados pela tradição de Harvard, mas guardam algumas diferenças fundamentais, A Nova Economia Industrial se preocupa em mostrar como a estrutura de preferências dos consumidores, as relações tecnológicas e o comportamento das firmas determinam a estrutura do mercado endogenamente (cf. Marcelo Matos Ramos (MF/SEAE, ob. cit., p. 18, Farina, E.M.M.Q, "Concorrência Perfeita e Política Antitruste, Fev./99).

¹³ "Fundamentos da defesa econômica", in Estudos Econômicos da Construção nº 1 (1996), SindusCon/SP, p. 31.

seringas empregadas na coleta de sangue, e são produzidos em vários tipos, formando grupos de famílias de produtos constituídos por tubo de ensaio transparente, incolor, de vidro ou de plástico, vedado com tampa de borracha atóxica ou plástica, contendo ou não substâncias químicas. Afirma-se que não existe diferença substancial entre os tubos disponíveis no mercado, seja entre os importados, seja entre estes e o de fabricação nacional. Segundo consta dos autos, a lista de preços do principal exportador para o Brasil, a Becton Dickinson, indica a existência de, aproximadamente, 180 tipos (tamanhos/aplicações) de tubos, sendo que, aproximadamente, 30 destes são comercializados no Brasil.

Especula-se se o mercado relevante na dimensão produto não deveria ser segmentado por tipo de tubo. Do ponto de vista do usuário do produto (o laboratório de análises clínicas, p. ex.), cada tipo de tubo tem sua aplicação específica, dependendo do exame a ser feito, da quantidade da amostra de sangue a ser coletada etc., de sorte que um tipo de tubo provavelmente não é substituto de outro. Assim, não havendo substituíbilidade entre os diferentes tipos de tubos seria pacífico que cada tipo de tubo constituiria um mercado relevante de produto.

Acontece que assim procedendo, estar-se-ia dando demasiada ênfase na demanda, o que resultaria em mercados relevantes muito restritos. Lembre-se que a definição de mercado relevante está intimamente relacionada com o conceito de poder de mercado. Como observa Gheventer, A., "o mercado relevante não é apenas um espaço onde se relacionam compradores e vendedores, mas um campo de rivalidade entre concorrentes. Assim, as decisões de preços e quantidades da firma dependem não somente dos impulsos psíquicos e da capacidade de reação dos consumidores frente a aumentos de preços, mas também das possíveis respostas dos concorrentes A abrangência destas reações depende do grau de substituíbilidade da demanda e da oferta do produto ...".¹⁴

Assim, continua o autor, quando a oferta do produto é flexível no curto prazo, havendo um eventual aumento de preços (em um tipo de tubo, p. ex.), outros produtores serão estimulados à rápida conversão de parte de sua produção para este mercado, razão pela qual, não faz sentido, no caso concreto, separar os mercados relevantes. Este é um caso em que não obstante inexistia substituíbilidade no uso de cada um dos produtos, a integração das linhas de produção é tão completa que os fabricantes não produzem este ou aquele tipo de tubo, mas uma linha completa para as principais aplicações. Havendo

¹⁴ "A Outra Lâmina da Tesoura - Considerações sobre a oferta na definição de mercado relevante", in Rev. do IBRAC, V. 5. Nº 6, p. 43-54.

necessidade de produzir este ou aquele tipo de tubo, não há que se falar sequer em switching costs, a não ser que a empresa decida ampliar em definitivo sua capacidade instalada. Esta é uma situação, portanto, em que a ótica da oferta é um auxiliar valioso na delimitação precisa do mercado relevante. "Tubos para coleta de sangue a vácuo", sem distinção do tipo ou tamanho, portanto, é o mercado relevante de produto.

Não se considerou no mercado relevante as seringas utilizadas para a coleta de sangue. Embora os tubos tenham se tornado um substituto mais moderno do sistema de coleta de sangue por seringas, considero improvável que o inverso ocorra. Não se pode dizer que as seringas sejam substitutas dos tubos, caso estes sofram um aumento de preços. Segundo informa a Representante, a seringa descartável não substitui o tubo a vácuo e sim a agulha hipodérmica desenvolvida especialmente para esta finalidade. Na verdade, ainda segundo a Representante, o que os tubos a vácuo substituem são os antigos frascos de penicilina, ou os tubos de ensaio, preparados no próprio laboratório, também conhecidos como tubos receptores. Uma vez feita a substituição do processo de coleta com seringa pelo processo do tubo a vácuo, dificilmente os laboratórios, clínicas e hospitais modificariam suas rotinas de trabalho, segurança e higiene para voltar a usar a seringa descartável. Embora seja possível que o antigo processo de coleta com seringa ainda conviva no mercado com o revolucionário sistema a vácuo, este é mais rápido, seguro e eficiente. O tubo a vácuo já vem pronto para a coleta, com os anticoagulantes necessários, sem necessidade de manipulação de amostras.

O mercado relevante geográfico é o mercado nacional. A elevada participação das importações no consumo aparente nesse mercado (64,9% em 1994 e 70,9%, em 1995)¹⁵, pode levar à suposição de que a dimensão geográfica do mercado é internacional. Conforme Calixto Salomão¹⁶ a presença de vendas substanciais de produtos de outra região permite a inclusão do total de sua produção, a não ser que alguma barreira econômica seja claramente identificável.

No caso específico entendo que não é aconselhável a inclusão de toda a produção estrangeira, porque há algumas barreiras à importação direta do

¹⁵ Parecer DECOM nº 98/13, no processo MICT/SAA/CGSG 52100.000094/97-06, de investigação de dumping nas exportações para o Brasil de tubos originários do EUA e do Reino Unido, p. 47. Para R. Posner (apud **Calixto Salomão**, Direito Concorrencial - As estruturas. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 104), a existência de vendas ainda que em quantidade reduzida é uma evidência de que o agente econômico externo é capaz de transpor quaisquer eventuais barreiras existentes no mercado local.

¹⁶ Ob. cit., p. 110.

produto, muito embora, superadas quando a importação é feita pelo canal apropriado, ou seja, o representante/importador. As principais barreiras à importação direta seriam: o custo de manter estoques de segurança e o prazo de validade dos tubos. As investigações do DECOM (encerradas em 1998)¹⁷, de dumping nas exportações de tubos dos EUA para o Brasil (Exportador: Terumo; Importador: Merck) e do Reino Unido para o Brasil (Exportador: Becton Dickinson-UK; Importador: Becton Dickinson-BR), detectaram que apenas três empresas, além das Representadas e da Becton Dickinson-Brasil haviam feito importações no período investigado, Jan./94 a Dez./96. Os fabricantes dos produtos importados por essas três outras empresas eram a norte-americana Sherwood Medical, a Becton Dickinson (USA) e Diesse (Itália). Os resultados da investigação indicaram que, com uma única exceção (caso do Laboratório Fleury), tratava-se de importadores/distribuidores ligados, cada um, a determinado fabricante estrangeiro, o que significa que, em geral, os estabelecimentos consumidores, por alguma razão, não importam diretamente dos fabricantes. As barreiras à importação direta pelo consumidor são confirmadas quando da análise pela SEAE do AC nº 08012.002467/00-11 em que se inquiriu tais estabelecimentos sobre a importação. Uma única resposta, mas que parece representativa da realidade do mercado, foi que a importação direta não dá a garantia de um estoque de segurança, fundamental para a manutenção do funcionamento do estabelecimento. Se se optasse pela importação ter-se-ia que arcar com o custo desse estoque, e ainda estar-se-ia sujeito às variações de demanda e às questões alfandegárias que freqüentemente atrasam a entrega dos materiais.

Essa necessidade de estoques reguladores para atender à demanda é agravada pelo fato de que os tubos a vácuo importados, sobretudo os de plásticos, possuem reduzido prazo de validade, apenas 6 meses. Levando-se em conta o processo de importação, distância percorrida, tempo de desembarço da mercadoria etc., não muito raramente o produto só é disponibilizado para o consumo restando apenas 90 dias para a expiração do seu prazo de validade.¹⁸

Um fato que confirma que o mercado nacional é um mercado distinto do de outras regiões é o fato de ter o DECOM/MICT identificado a prática de discriminação transnacional de preço, o dumping — situação onde os preços são mais baixos no mercado importador do que no mercado doméstico do exportador. Isso confirma que não há um mercado abrangendo Brasil e EUA,

¹⁷ Parecer DECOM nº 98/13, p. 5.

¹⁸ Informação prestada pela Labnew no AC nº 08012.002467/00-11 (Greiner/Graci), fls. 108.

ou Brasil e Europa, ou, um mercado mundial, pelo fato de que a existência de diferentes preços nesses mercados pressupõe que sejam mercados separados.¹⁹

Outro fator indicado pelos concorrentes consultados, que deve atuar como limitador das importações diretas, é a necessidade de manter registros no Serviço Nacional de Vigilância Sanitária, da marca e do fornecedor do tubo.

Da mesma forma, a SEAE também definiu o mercado relevante como nacional, considerando a impossibilidade de clínicas e laboratórios recorrerem diretamente ao mercado externo.

II.2 – Estrutura da oferta

Um dos indicadores mais usuais das condições concorrenciais de um mercado relevante é o grau de concentração dado pelo número de participantes nesse mercado. Os participantes incluem, basicamente, as firmas que produzem ou possam vender os produtos considerados no mercado relevante. A literatura indica que também podem ser incluídas firmas que não estejam produzindo ou vendendo os produtos considerados, mas que possam vir a fazê-lo rapidamente (em torno de um ano), sem custos irrecuperáveis de entrada e saída, diante de um aumento significativo e não transitório dos preços.

No caso em análise não há informações nos autos sobre a existência de outras firmas. As principais marcas que existem no mercado brasileiro de tubos para coleta de sangue, são também as principais concorrentes a nível mundial (à exceção da Labnew). Poder-se-ia considerar concorrente potencial nesse mercado, a Greiner, que posteriormente acabou investindo na aquisição do seu distribuidor. Assim, o número de participantes efetivos e potenciais no mercado brasileiro de tubos a vácuo, era, em 1994/95, de apenas cinco empresas, podendo tornar-se quatro, caso a suposta estratégia predatória da Merck fosse bem sucedida: BD, Labnew, Merck/Terumo, Sherwood e Greiner. Verifica-se que os principais players dos maiores mercados, já marcavam, ou marcam presença no mercado relevante por meio de exportações, a partir de fábricas instaladas no exterior (EUA ou Europa). Vê-se que, no caso, não há a necessidade de plantas localizadas no mercado relevante, para dele participar. Mencione-se de passagem, as repetidas referências da Representante ao restrito oligopólio mundial dos tubos para coleta de sangue. Segundo a mesma,

¹⁹ Cf. Marceau, G. ob. cit., p. 11.

... o mercado mundial de tubos a vácuo que gera um faturamento anual de US\$ 1,5 bilhão é repartido por tão somente quatro empresas, da seguinte forma: Becton Dickinson, líder mundial, com 70%, Terumo, 2ª maior produtora, com 15%, Sherwood, 8,% e Greiner, 7%. Este cenário permanece estável por 10 anos. É como se nenhum dos integrantes do oligopólio tivesse atentado para o mercado latino-americano, mesmo após a líder ter fechado a sua única fábrica do gênero na América Latina" (Apart. Conf., fls. 27).²⁰

Assim, considerou-se como participantes no mercado brasileiro de tubos a vácuo, a Labnew e as seguintes empresas/grupo de empresas que, com exceção da última, aqui ofereciam tubos de própria fabricação, no período sob análise:

- Becton Dickinson International Distribution Service (USA), Becton Dickinson Vacutainer Systems (UK) - Importador: Becton Dickinson Ind. Cir. Ltda. (BR). Grupo de empresas do ramo odonto-médico-hospitalar, é líder mundial na oferta de tubos a vácuo de vidro e de plástico, com fábricas nos EUA, Reino Unido e Brasil (no último caso, para fabricação de seringas, termômetros e cânulas descartáveis), fabricante do tubo à vácuo da marca Vacutainer;

- Terumo Medical Corporation (USA) - Importador: MB Bioquímica e Merck S. A. A Terumo é a segunda colocada no mercado norte-americano de tubos de vidro e de plástico, fabricante da marca Venoject com fábricas nos EUA e Bélgica. Após a imposição de direitos antidumping pelo governo brasileiro aos produtos da Becton Dickinson originários dos EUA, passou a exportar para o mercado brasileiro, por intermédio das empresas MB Bioquímica Ltda., e Merck S. A., ambas do grupo alemão Merck;

- Sherwood Medical - Saint Louis (USA) - Importador: Alamar Tecnocientífica Ltda.

²⁰ Embora não seja uma questão de fundo, esta última afirmação da Representante, me obriga a dela discordar, porque, de fato, os acontecimentos protagonizados no mercado por ela própria, mostram o contrário do que é afirmado: Todos os integrantes desse “*oligopólio*” (com exceção da Becton Dickinson, que já está no mercado) tentaram entrar, pelo menos no Brasil, por meio do procedimento mais comum - via exportações.

•Greiner Labortecnick

Como ocorria com as principais empresas citadas, a oferta dos tubos a vácuo aos estabelecimentos consumidores se dava, por meio de firmas representantes estabelecidas no mercado, as quais, por meio de importação, colocavam o produto em extensa rede de distribuição, ou atendiam diretamente os hospitais e laboratórios demandantes do produto. A existência de representante no mercado doméstico, afiliado a um determinado fabricante estrangeiro, mostrou-se ser a regra comum, indispensável para viabilizar a venda, no caso das firmas que não têm fábrica instalada no mercado relevante.

As participações de mercado têm sido consideradas o melhor indicador da capacidade competitiva e do poder de mercado presente e futuro das firmas. Para estimar o market share das participantes do mercado utilizou-se os dados de importação apurados pelo DECOM, nos processos de dumping, para o caso das firmas importadoras, e os dados de venda para a fabricante doméstica, em ambos os casos, em quantidades do produto. Partiu-se do ano de 1993, um ano antes daquele em que a Representante alegou o início da ocorrência da prática, até os anos mais recentes, de forma que se possa verificar a evolução da estrutura do mercado antes, durante e após o período apontado como de ocorrência da prática (Setembro de 1994 a Dezembro de 1995). A seguir, os dados de participação no mercado.

TABELA I - PARTICIPAÇÕES NO MERCADO RELEVANTE DE TUBOS PARA COLETA DE SANGUE A VÁCUO

Produtor/ Importador	1993*		1994		1995		1996	
	Quant. (mil und)	Partic. %	Quant. (mil und)	Partic. %	Quant. (mil unid)	Partic. %	Quant. (mil unid)	Partic. %
Becton Dickinson		75,00	22.023	59,37	23.859	45,97	30.592	47,17
Merck (Terumo)		-	1.036	2,88	8.113	15,63	15.895	24,51
Labnew		19,00	12.281	33,10	14.799	28,51	13.868	21,38
Sherwood Medical		Nd.	1.661	4,47	4.888	9,42	4.067	6,27
Outros		Nd.	92	0,02	245	0,47	434	0,67
TOTAL		100,0	37.093	100,0	51.904	100,00	64.855	100,00

Produtor/	1997	1998**	1999***
-----------	------	--------	---------

Importador	Quant.	Partic. %	Quant.	Partic. %	Quant.	Partic. %
Becton Dickinson	59.505.300	62,06	60.754.912	73,76	62.030.765	73,06
Merck (Terumo)	16.146.400	16,84	4.596.400	5,58	862.800	1,01
Labnew	15.050.250	15,70	13.952.190	16,94	12.341.775	14,54
Sherwood Medical	3.559.000	3,71		Nd		
Graci (Greiner)	1.625.700	1,70	2.644.100	3,21	7.744.030	9,12
Outros					Nd	nd
TOTAL	95.886.650	100,00	82.367.053	100,00	84.898.848	97,73

Fonte: Pareceres DECOM 657/93, 99/8 (Anexo 4) e 2000/8, p. 20 e dados das partes.

* Out./1993, data em que o governo brasileiro sobretaxou, por 5 anos, os tubos de vidro importados pela BD, dos EUA;

** Out./1998, data em que o governo brasileiro sobretaxou, por 5 anos, os tubos originários dos EUA, fabricados pela Terumo e Sherwood.;

*** Extinção dos direitos antidumping sobre as importações de tubo da BD, impostos pela Port. MF 556/93.

II.3 Grau de concentração

Uma análise das participações de mercado apresentadas na tabela I indica que o mercado de tubos a vácuo para coleta de sangue, no Brasil, era um mercado concentrado, com praticamente, apenas quatro empresas atuando (C4: $\pm 100\%$). Uma análise da evolução dessas participações mostra que a situação atual tornou-se ainda mais concentrada, voltando a ser o que era antes de 1993, um duopólio altamente favorável à Becton Dickinson, em função das sanções antidumping decorrentes da ação do DECOM, afastando a concorrência da Terumo e da Sherwood.

Até 1993, esse mercado era basicamente suprido por apenas duas empresas nacionais: Becton Dickinson Ind. Cirúrgicas Ltda. (100% controlada pela BD Company - USA), e Labnew Ind. e Com. Ltda. (empresa 100% brasileira). Em 1990, com a abertura comercial e queda das alíquotas do imposto de importação, a Becton Dickinson desativou sua fábrica de tubos no Brasil,

passando, então, a importar os tubos para coleta de sangue, de sua matriz nos EUA, sendo a Labnew, desde então, a única fabricante nacional.²¹

As importações dos tubos da Sherwood já vinham crescendo lentamente e, com a entrada das importações dos tubos Venoject da Terumo pela Merck e MB, no final de 1994, o mercado começou a experimentar ligeira desconcentração. Em 1995, o mercado já contava com quatro ofertantes, com aparente equilíbrio competitivo entre eles, embora, por causa da retração imposta à Becton Dickinson-BR, pela imposição dos direitos antidumping às suas importações dos tubos de vidro, dos EUA, no final de 1993.

Quando, em 1998, os direitos antidumping foram estendidos também aos concorrentes com menor participação no mercado (Terumo e Sherwood), este voltou ao que era antes de 1994, ou seja, um monopólio compartilhado, porém, agora, com maior assimetria entre a líder (Becton Dickinson) e sua concorrente, a Labnew, estando, esta última, em situação claramente desfavorável, financeiramente, conforme alega (outra concorrente, a Merck, após 1999, não mais atuou no mercado, possivelmente, em decorrência da imposição de direitos antidumping aos produtos por ela importados, o que ocorreu em Outubro de 1998).

Portanto, em 1999, a situação é muito parecida com a de 1993, em termos do reduzido número de participantes do mercado — duas firmas, com elevada assimetria entre elas. Começa, então, a despontar um novo entrante no mercado, que é a austríaca Greiner Labortechnik GmbH, mas, já sob um novo processo de investigação de dumping (desta vez, a investigação envolve além da Greiner, todas as importações da Becton Dickinson, tanto dos EUA, quanto do Reino Unido).

Na época da representação da Labnew sobre a prática de preço predatório, além dela e da suposta predadora (Merck/Terumo), atuavam como concorrentes efetivos no mercado brasileiro, a líder BD (com parte de suas importações submetida a direitos antidumping e acusada de prática predatória, na SDE) e Sherwood, além de outros pequenos participantes marginais. É, portanto, um mercado concentrado, com quatro concorrentes, considerado na literatura um oligopólio.²²

²¹ Parecer DECOM nº 657/93

²² M. Possas (Estruturas de Mercado em Oligopólio, Hucitec, 1990), ironiza as categorias estruturais de mercado afirmando que nem mesmo as concepções mais elaboradas do conceito de oligopólio se exprimem adequadamente nos coeficientes de concentração. Situações legitimamente consideradas como de oligopólio podem abarcar uma gama extremamente ampla de valores de um coeficiente, sem que se possa estabelecer uma correspondência entre valores mais altos e maior presença(?) de

Essa estrutura de mercado, no entanto, não é, por si só, uma condição suficiente para o exercício do poder de mercado pós-predação. Baumol, Panzar e Willig (1982) (apud Farina (1999)) mostraram que em condições de contestabilidade perfeita, o oligopólio ou mesmo o monopólio é disciplinado pela concorrência potencial. Segundo Farina (1999)²³, "No mundo da contestabilidade perfeita não existe lugar para a ineficiência produtiva e para o comportamento estratégico. Preços monopólicos, preços predatórios e subsídios cruzados criam oportunidades lucrativas de entrada e, portanto, a configuração da indústria é não sustentável".

II-4 Existência de barreiras à entrada

No jargão antitruste, entrada requer instalação de capacidade para produzir e para vender, sendo necessário, portanto, não só plantas, mas também, às vezes, marca e uma importante estrutura de distribuição e de serviços pós-venda. Uma distinção básica, é, p. ex., que importações não são entrada - ou committed entry - embora sejam fundamentais para disciplinar o mercado.

No caso concreto do mercado nacional de tubos a vácuo para coleta de sangue, a década de 90 não assistiu nenhuma entrada, na forma acima definida, ocorrendo, ao contrário, a desativação, no início da década, do parque fabril na área de tubos da BD, líder absoluta do mercado, que preferiu atendê-lo por meio de importações de produtos das suas matrizes nos EUA e Reino Unido.

Se é que entradas houveram, estas só ocorreram na forma "não-comprometida" (uncommitted entry), representadas pelas importações, aliás, bem-sucedidas, não fossem os problemas na área do DECOM (confira os market share's na Tabela I). Tudo indica que estas são viabilizadas pela combinação da figura do representante comercial situado no mercado consumidor com o fabricante estrangeiro, este dando àquele exclusividade ou tratamento especial no fornecimento dos produtos. Para viabilizar volumes mínimos de importação o representante comercial obviamente deve ter capacidade para se articular na atividade de distribuição para a imensa rede de pequenos e grandes laboratórios, ou poder participar das diversas modalidades de concorrência lançadas pelos estabelecimentos consumidores do setor público. Por im-

oligopólio. O autor constata que elementos de oligopólio que possam ser refletidos por um índice de concentração seria o mesmo do senso comum: a *colusão*.

²³ "Concorrência Imperfeita e Política Antitruste: desenvolvimentos recentes. Texto apresentado no Concurso para Professor Titular do Departamento de Economia da FEA/USP. Fevereiro de 1999.

portações entraram, um pouco antes ou durante o período analisado (1994/95), Sherwood Medical e Terumo (2ª do mercado norte-americano), esta última associada à bem-estruturada rede de distribuição da Merck brasileira. Mais recentemente (1996/97), nota-se a presença de novos produtos concorrentes no mercado, provenientes da fabricante austríaca Greiner que, conforme já mencionado, ensaia a entrada definitiva, comprando os ativos do seu representante/distribuidor, com planos futuros de investir em instalações fabris.

Desde então, o mercado relevante, tem, portanto, uma característica peculiar e bastante atípica. É servido basicamente por importações de produtos fabricados por empresas não estabelecidas, com exceção das vendas da indústria doméstica em rota declinante de market share's, no período analisado.²⁴ Frise-se que a caracterização dessas firmas como "não estabelecidas" deve ser tomada com cautela e, talvez, não seja adequada para explicar o modus operandi do principal agente do mercado, a BD. A presença de sua subsidiária nos limites geográficos do mercado relevante, pode recomendar considerá-la mais como "firma estabelecida", ainda que não tenha mais planta de produção de tubos nesse mercado. Deve ser lembrado também, que nem todas as importações de tubos a vácuo no mercado brasileiro o foram de forma suspeita quanto aos seus custos reais — nem todas as importações do tubo Vacutainer da BD foram caracterizadas pelo DECOM como submetidas ao dumping. E mesmo as não submetidas a dumping, a empresa conseguiu colocá-las no mercado em concorrência com outras marcas, como o Vacuum, da Labnew, o Vacuette da Greiner, e o Venoject da Terumo/Merck. Esse lembrete pode ser necessário, pelo menos até que se prove que a BD também praticava underselling como estratégia alternativa (ou complementar) ao dumping.

O cenário acima descrito sugere a seguinte avaliação das barreiras à entrada no mercado:

Um primeiro ponto é que as barreiras à entrada no mercado relevante são elevadas a ponto de dificultar a entrada "comprometida" das principais concorrentes estabelecidas em outros mercados. É possível que a primeira das barreiras seja a estreiteza do mercado, em relação ao tamanho ótimo da firma, já que os requerimentos de capital e tecnologia não chegam a ser obstáculos, para tais concorrentes. O mercado norte-americano, observa o parecer da SE-AE, está estruturado em uma escala que supera 23 vezes o nacional.²⁵ Um fato

²⁴ A queda é imputada pela Direção da empresa brasileira às condutas anticoncorrenciais levadas a efeito por suas concorrentes, materializadas no *dumping* (em parte caracterizado pelo DECOM) e no preço predatório.

²⁵ A demanda americana corresponde a 1,7 bilhão de unidades anuais. A BD é a responsável pelo maior volume comercializado, com 60% do mercado, seguida da Te-

incontestemente que deveria relativizar a importância dessa barreira à entrada é o crescimento do mercado brasileiro, que segundo o DECOM cresceu 39,9%, 26,3% e 40,3%, nos anos de 1995, 1996 e 1997 (fls. 2.589).

O tamanho ótimo da firma tem a ver com a necessidade de economias de escala que viabilizem economicamente a operação de um entrante potencial vis-à-vis o tamanho do mercado. De acordo com a literatura, a existência de barreiras deste tipo exige a presença de custos irrecuperáveis vinculados à efetivação da entrada (sunk costs), sem os quais valeria a pena para o entrante entrar e sair rapidamente do mercado (hit and run) para auferir temporariamente lucros extraordinários. A entrada por meio de exportações, que passou a ser o procedimento mais comum no mercado brasileiro, certamente é uma forma de contornar a existência desses sunk costs que uma entrada normal requereria.

A análise dos efeitos das economias de escala sobre a concorrência potencial é complexa, visto que tais efeitos dependem das expectativas dos entrantes acerca das reações das firmas já estabelecidas caso ocorra uma entrada, bem como das expectativas das firmas estabelecidas acerca do provável comportamento das entrantes.²⁶ Em outras palavras, como a lucratividade esperada do entrante depende de qual será a reação da empresa já estabelecida, a intensidade da concorrência potencial passa a ser parcialmente determinada pelo processo de formação de expectativas, o que levou alguns autores a analisar as condições nas quais empresas já existentes adotam condutas que desencorajem entrantes potenciais. As análises econômicas recentes têm questionado a abordagem tradicional (segundo a qual, quase sempre a conduta predatória seria irracional), utilizando a teoria dos jogos para demonstrar que,

rumo com 27% e outras empresas com 13%. Como observa Mansfield, E., "Se ou não a indústria permanece oligopolística, quando é relativamente fácil a entrada de novas firmas, vai depender do tamanho do mercado relativamente ao tamanho ótimo das firmas. Lucros acima da média atrairão novas firmas. Se o mercado é pequeno para o tamanho ótimo das firmas na indústria, o número delas permanecerá suficientemente pequeno, de forma que a indústria continuará oligopolística (Microeconomia: teoria e aplicações. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 4ª ed., 1985, p. 316).

²⁶ Essa é a diferença teórica básica entre o oligopólio de um lado, e concorrência e monopólio (e mesmo a concorrência monopolística) de outro lado. Isto é, nos mercados oligopolísticos as decisões de preço e produção são feitas enquanto antecipando as reações de rivais identificados. Nem a empresa concorrencial, nem a monopolista consideram as reações dos outros (cf. Ernest Gellhorn, "Aspectos Econômicos da Defesa da Concorrência", traduzido livremente do original Antitrust Economics (in a Nutshell) in Antitrust Law and Economics, 3rd ed., St. Paul, West Publishing Co, 1986, p. 45-90.

sob certas circunstâncias, o membro do oligopólio pode se valer da assimetria de informações para arquitetar estratégias intimidatórias ao entrante, tornando racionais práticas como p. ex., o preço predatório.²⁷ No entanto, o caso em apreço é também atípico quanto a isso, porque não se trata de prática predatória da firma estabelecida (a Labnew) contra a entrante, mas da entrante (Merck/Terumo) contra a firma estabelecida, esta com aproximadamente 30% do mercado relevante.

Um segundo ponto é que a elevada presença das importações indica que não há barreiras a esse tipo de entrada (tarifárias ou não-tarifárias), quando feita pelo canal apropriado (representante/distribuidor) e que o custo do frete no valor final do produto não é um empecilho à oferta do produto importado. Isto é válido mesmo nos casos em que se supõe que o custo de importação do produto é mais elevado como ocorre com as importações sem dumping, da BD, ressaltando-se, no entanto, que esta não é um modelo adequado, dada a qualidade da relação matriz-subsidiária que pode caracterizar as importações dessa empresa apenas como uma operação de transferência de produtos.

III. AS CONDIÇÕES PARA A CONDUTA PREDATÓRIA

a) mercado relevante concentrado e barreiras à entrada

O mercado relevante de tubos para coleta de sangue, no Brasil, é concentrado e as barreiras à entrada, no conceito tradicional, são elevadas. Apesar disto, a entrada não comprometida, isto é, sem sunk costs, via exportações, associada a estrutura de distribuição local, mostrou-se factível e praticável por todos os principais concorrentes mundiais que dessa forma se fazem presentes no mercado.

Mas a possibilidade de entrada facilitada, no caso das exportações, não autoriza, de imediato, descartar-se a possibilidade de tentativa de predação por parte da Representada Merck, como estratégia de entrada oportunista no mercado. Raciocinando em termos de jogo estratégico, e sempre tomando a

²⁷ Cf. p. ex., Caves e Porter (1977) e Dixit, A. (1980) "The Role of Investment in Entry-Deterrence", *Economic Journal*, 90, e (1982) "Recent Developments in Oligopoly Theory", *American Economic Review*, 72 - todos citados por Possas, II curso de defesa da concorrência, CADE, 1999. V. também, D. Baird, R. Gertner, R. Pickner, *Game theory and the law* (1994) citado por Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial, as estruturas*, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 81, e MF/SEAE, ob. cit., p. 21/22.

conduta de predação como justificável internamente para a Direção da Merck, em tese, pode se deduzir que caso o consórcio Merck/Terumo fosse bem sucedido na expulsão de Labnew, e não houvesse o "acidente de percurso" das medidas antidumping do DECOM contra elas, restar-lhes-ia, a chance de dividir com a Sherwood, a disputa pela outra metade do mercado que a portentosa BD, estava deixando a descoberto em função das suas derrotas na arena comercial. Resta avaliar se esse "oportunismo" do consórcio seria uma estratégia crível à luz das condições do mercado.

O histórico do mercado é por demais sugestivo, insinuando que a "guerra de preços" que se estabeleceu no início da década de 90, foi o desfecho inevitável no seio do duopólio inicialmente constituído apenas por BD e Labnew. A ousadia desta pequena empresa ao desafiar o anterior monopólio local da BD, foi, provavelmente menosprezado por esta até que o market share da entrante superou o patamar de 30%. O sucesso inicial dessa entrada da Labnew no mercado de tubos só pode ser explicado pelos preços de monopólio praticados no mercado local, de forma que lhe permitia, certamente, cobrir os altos custos da pequena escala de um firma monoprodutora e do aprendizado tecnológico. A conjunção da súbita abertura da economia brasileira ao mercado internacional no início da década de 90 (e concomitante queda da alíquota de importação, de 40% para 20%) com a elevação do market share da rival, foi o suficiente para a BD redirecionar sua postura em relação ao mercado brasileiro: desativar sua única fábrica de tubos para coleta de sangue na América Latina, passando a importar diretamente das suas matrizes, a baixos preços, o que é confirmado pelo DECOM quando caracterizou a prática do dumping predatório. O alvo não poderia ser outro senão sua única concorrente no crescente mercado brasileiro de tubos para coleta de sangue, a Labnew. À Merck competia aproveitar-se da situação para inserir-se no mercado, o que foi feito com os produtos da Terumo.

A dinâmica concorrencial há pouco delineada não é estranha à teoria de organização industrial. Esta busca formular uma explicação completa do processo de fixação de preços por parte de uma indústria oligopolista que trata de evitar a entrada de novos concorrentes. Segundo os principais expoentes dessa vertente teórica, uma política passiva de preço pode terminar ou através de circunstâncias externas (alterações nos custos, demanda etc), ou através de tensões internas, isto é, tentativas de redistribuir as porções relativas das diversas empresas rivais. Mas, uma política passiva de preços também pode encerrar-se e ser substituída por uma política agressiva, porque alguns oligopolistas procuram melhorar sua posição às custas de seus rivais. Essas batalhas podem desenvolver-se automaticamente, sem que ninguém em particular as deseje, originadas pelas influências perturbadoras dos fatores externos já

mencionados; e podem ser o resultado do plano estratégico bem estudado de uma empresa agressiva.²⁸

Como se vê, a pendência objeto do presente processo administrativo não é incompatível com a dinâmica concorrencial de estruturas de mercado em oligopólio. Ao contrário, pode-se dizer até que as condições estruturais desse tipo de estrutura de mercado são propícias à ocorrência de práticas como a denunciada, pelo menos até aonde as informações constantes dos autos permitem avaliar. Embora as barreiras à entrada por exportações não sejam elevadas, não está presente nos autos evidências de uma concorrência potencial vigorosa, capaz de disciplinar o mercado, e a ponto de se poder assegurar que o recoupment não seria plausível, no caso de uma estratégia predatória, por parte de um agente, mesmo na situação anômala como a presente em que a acusada de prática predatória é a entrante e não a firma estabelecida.

b) posição dominante

A exigência de que o predador tenha posição dominante para posteriormente cobrar preços de monopólio, não foi atendida. Nos termos da racionalidade da doutrina predominante, a alegada conduta predatória não é crível se o acusado não tem poder de mercado para a necessária recuperação futura das perdas da predação. No caso em questão, a Merck, em 1994, era, tão somente, uma entrante no mercado, e, ainda, na forma de importadora/revendedora dos tubos da Terumo. Não tinha, portanto, nenhuma participação no mercado, inicialmente, de forma que pudesse premeditar seu crescimento e exercer poder de monopólio no futuro. Além do que, o verdadeiro poder de mercado era, e sempre fora, da líder, Becton Dickinson, o concorrente com quem a Merck se defrontaria no segmento de tubos a vácuo. Não partindo, a Merck, de uma posição dominante, não haveriam, segundo a corrente doutrinária aqui discutida, condições lógicas e racionais para pretender, após a expulsão da Labnew, praticar preços mais altos e, assim, obter lucros monopolistas. Acresce-se a isso, a tese de que, nos mercados oligopolistas a firma mais bem posicionada é quem dita os preços e as outras são seguidoras. A Becton Dickinson, já posicionada no mercado, gozava de condições estratégicas mais favoráveis, já que podia importar tubos a vácuo diretamente das suas matrizes, ora dos EUA, ora do Reino Unido, dependendo das circunstâncias do momento. Esses argumentos parecem perfeitos, e essa situação de fato seria, na ótica antitruste ortodoxa, por si só, suficiente para determinar o arquivamento do processo.

²⁸ Rotschild, K.W., *Estratégia e tática de um oligopólio* (Mercados não-competitivos, Nova Cultural, Richard Civita, Editor, nº 39).

A questão, como já mencionei, é que uma firma multiproduto pode não estar interessada, a médio prazo, em obter lucros supranormais, mas seu objetivo inicial pode ser, pelo menos, concorrer num determinado segmento de mercado que lhe é complementar. Afinal, basta a ela, nesse médio prazo, ter qualquer ganho acima dos custos variáveis médios, de forma a diminuir seus custos fixos, para que o lucro global das suas atividades possa ser maior. Às vezes, nem lhe é necessário fazer o subsídio cruzado.

Uma crítica consistente ao paradigma por trás dos testes de preços predatórios é a constatação de que a maximização de lucros no curto prazo não é um objetivo explícito das firmas nas decisões que tomam quanto a preços e produção. Verifica-se então, a relativização do princípio maximizador de lucros, em benefício do crescimento da empresa, ou mesmo, a recusa desse princípio como norma absoluta de decisão da firma. Nessa linha que contrapõe a incerteza do processo de decisão à racionalidade abstrata neoclássica, a hipótese central de alguns autores é "... em condições de incerteza não é possível aos tomadores de decisões da firma afixarem com segurança se estão ou não maximizando lucros (ou vendas, ou crescimento), pelo simples fato de que não dispõem ou não têm acesso à informação necessária para avaliá-lo".²⁹

E, de fato, o Plenário do CADE, em período recente, já teve oportunidade de se manifestar sobre essa questão e prevaleceu o entendimento de que "... a não detenção de posição dominante por parte do agente não o impossibilita de praticar infrações à ordem econômica ...".³⁰

Quanto ao ambiente concorrencial do mercado relevante em questão, no período sob investigação, há algo curioso que não posso deixar de mencionar. Iniciando-se, a Merck, nessa atividade, no último quadrimestre de 1994, a empresa atingiu nesse curto espaço de tempo, 2,88% do mercado, saltando para 15,63%, em 1995 e para 24,51% em 1996. Embora não haja nenhuma explicação da Representada nos autos, a este respeito, é possível que estes saltos de participação de um entrante num mercado com duas firmas estabelecidas (Becton Dickinson e Labnew) sejam explicados por diversos fatores. Um exemplo pode ser a rede de distribuição bem estruturada da Merck e, certamente, cadastros dos potenciais clientes de tubos, cerca de 4.500 laboratórios, já que a empresa era vendedora de equipamentos de análises clínicas utilizados nesses estabelecimentos. Outro fator pode ser o dumping nas exportações dos tubos da Terumo, via Merck, identificado pelo DECOM para o período, que por dedução tornava os tubos vendidos por essa

²⁹ Cf. Mário Possas (1990), p. 61.

³⁰ Acórdão da Consulta nº 31/99 (Consultante Ministério da Saúde), julgada em 31.03.99 (D.O.U. de 11 de maio de 1999, Seção 1, pág. 1).

empresa mais baratos no mercado nacional. É provável, então, que esses fatores lhe davam alguma vantagem competitiva no mercado, podendo serem admitidos como razões explicativas do meteórico crescimento acima mencionado, sem que a empresa necessitasse fazer uso da tática do preço predatório no mercado interno. Nesse caso, poder-se-ia aventar que o dumping conjugado com uma estratégia de venda calcada em baixas margens de lucro na comercialização do produto no mercado interno, poderia configurar uma prática predatória, mas, tanto essa hipótese quanto a seguinte são meras especulações das quais não se dispõe de provas.

Embora a Becton Dickinson fosse a detentora do maior poder de mercado, na liderança pioneira do mercado relevante, o fato inegável é que esta empresa tinha sofrido uma "formidável" derrota nas escaramuças travadas com a Labnew, nas investigações do DECOM, que culminaram com a imposição de sobretaxas às suas importações de tubos de vidro, oriundas dos EUA. Observe-se que seu market share caiu de 75% em 1993, para 59,37% em 1994 (Tabela I). É possível que candidatos a entrar no mercado, como a Merck, tenham subestimado o poder da BD em contornar as sobretaxas impostas pelo Governo, mudando o tipo do tubo (de vidro para plástico) e/ou a origem (dos EUA para o Reino Unido). Por outro lado, era conhecida a desfavorável situação financeira da outra concorrente, a Labnew, de forma que dela não se poderia esperar nenhuma ação de retaliação contra um novo entrante.

Para a Merck restava então o prenúncio de um mercado promissor, caso ela acabasse de nocautear a Labnew. Com sua bem estruturada equipe de vendas e amplo conhecimento do setor médico-hospitalar brasileiro, esta aguerrida concorrente não perderia a oportunidade de disputar uma fatia desse mercado. Havia oportunidades de negócio numa associação com nada menos que a vice-líder do mercado norte-americano Terumo. Eram claras as economias de escopo propiciadas pela oferta a seus clientes de um item a mais no seu catálogo de vendas.

Portanto, o fato de a Merck não ter posição dominante, para mim, não é suficiente para garantir que não seria do seu interesse fazer uso de práticas agressivas de conquista do mercado.

c) excesso de capacidade instalada

A exigência da condição de excesso de capacidade instalada do predador não é relevante no caso presente, devendo-se recolocar em seu lugar o questionamento se a Merck tinha ou não um contrato de fornecimento com a Terumo. A existência de um tal contrato (negada pela Merck) poderia dar

lógica a uma eventual estratégia de mais longo prazo, de um projeto da Merck, de inserção definitiva no mercado, em parceria com a concorrente de peso da BD, Terumo.

d) destino dos ativos da firma predada

A quinta e última condição não merecerá aqui maiores comentários dada a flagrante inadequação da mesma ao caso presente. É imponderável o destino dos ativos de uma firma predada ou desativada. No caso geral é quase ficção imaginar que após um lento processo falimentar, que normalmente pode ocorrer, os ativos da firma predada sejam readquiridos em conjunto por um novo concorrente, de forma a dar andamento a um novo empreendimento no mercado.

III.1 Avaliação das condições de mercado

A ótica de análise que acabei de tentar externar, sobre o comportamento estratégico das firmas retiradas, a meu ver, parte da "certeza" de que não existem condições dinâmicas no mercado, para a prática do preço predatório.

O parecer da SDE determinou o arquivamento do processo porque, no seu entender, não havia as condições estruturais no mercado para a ocorrência da prática da infração.³¹

A SEAE, após a análise das condições estruturais, concluiu que não haveria condições para a prática predatória, por parte da Merck. Fez, no entanto, o teste do preço abaixo do custo (não o variável) e ratificou o seu entendimento pela não-ocorrência da prática.

Da minha parte, todavia, entendi que, por prudência, e em busca da verdade material, seria necessário repetir todos os testes, cujos resultados

³¹ Para a SDE, “... uma vez excluída a Labnew do mercado, não seria possível às empresas importadoras do grupo Merck assumir posição dominante a fim de cobrar preços monopolísticos ...”, por causa da presença da Becton Dickinson. Para a SDE, para que ocorra o preço predatório, é imprescindível que a predadora possa assumir a posteriori o domínio do mercado sem qualquer contestabilidade. E o mercado de tubos a vácuo para coleta de sangue não possui barreiras à entrada nem sunk costs. Qualquer empresa interessada pode iniciar a exportação, desde que entre em contato com a empresa Terumo, e possua rede de distribuição.

constituem este repertório que trago na forma de voto, para juízo deste r. Plenário.

Como já justifiquei não vejo o problema de forma tão simples, e verifico que, na realidade, uma análise mais abrangente das condições estruturais desse mercado, por si só, não permite uma presunção absoluta e conclusiva, sobre a ocorrência ou não da prática de predação no mercado relevante.

Essa conclusão torna indispensável e necessário aquilo que tentei, a todo o tempo evitar: a verificação dos custos e preços de venda da suposta predadora para apurar se efetivamente houve a margem negativa, e em que medida isso ocorreu. Segue-se da definição de preço predatório — prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio — que é necessário apurar esses custos incidentes nas vendas pelas Representadas, dos tubos para coleta de sangue. Neste novo teste, a prova de fogo é, como dito, distinguir os custos variáveis dos demais custos da empresa.

IV. A COMPARAÇÃO CUSTOS/PREÇOS DE VENDA

Os mais diversos testes tem sido propostos para verificar a ocorrência de preços predatórios. Dentre os testes baseados no custo a proposta mais conhecida é aquela de Areeda e Turner que estabelece um piso de preço igual aos custos variáveis médios como uma proxy para os custos marginais de curto-prazo. Outros autores sugerem pisos mais elevados como o custo total médio (ou custo marginal de longo prazo).³² O fato é que testes baseados no custo combinados com as evidências do mercado tem tido uma grande aplicação nas decisões judiciais dos diversos países que fazem política antitruste. No nosso caso utilizaremos o teste baseado no custo variável médio (ou teste Areeda-Turner), adotado pela Resolução 20 do CADE.

Custos variáveis são aqueles que não ocorrem se a produção é nula e que crescem com o volume desta. Diferem dos custos fixos que têm um mesmo valor, independentemente de aumentos ou diminuições no volume de produção. Mas alguns custos também podem ser diretamente apropriados aos produtos (Custos Diretos) e outros não oferecem nenhuma condição de uma medida objetiva e qualquer tentativa de alocação a um produto tem de ser estimada e muitas vezes arbitrária (Custos Indiretos). Esta última classificação só se aplica a Custos propriamente ditos. Mas a primeira (Fixos ou Variáveis)

³² Joskow & Klevorick (1979); Williamson (1977); e Posner (1976), todos citados por Daniel Spulber (Regulation and Markets. The MIT Press, Cambridge, Massachusetts. 1989, p. 479).

se aplica também às Despesas.³³ Assim, podemos ter Despesas de Vendas fixas (propaganda, salários da administração de vendas, parte fixa da remuneração dos vendedores etc.) e Variáveis (comissão de vendedores, despesas de entrega etc).

A aplicação do teste Areeda-Turner não é simples, como reconheceu o próprio Areeda.³⁴ Por isso, segui os princípios e o roteiro sugerido por William Baumol, em seu artigo "Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test" publicado no *The Journal of Law & Economics*, Vol. XXXIX (April 1996), p. 49-72. Para o teste, o termo "Custo Variável" é delimitado para incluir todos custos fixos que não sejam sunk costs, ou seja, aqueles que podem ser evitados se a firma sai do mercado.³⁵ Assim, se a firma pára de produzir, sua receita cairá para zero. Seus custos variáveis de curto prazo também cairão para zero. Mas seus sunk costs (custos afundados) — como o aluguel, p. ex. — permanecerão ocorrendo. Se a firma está perdendo dinheiro, será melhor continuar em operação se as receitas resultantes produzem algum ganho acima dos custos variáveis, o qual faz alguma contribuição para abater o sunk cost. Mas também deve ser óbvio que se as receitas da firma em operação são inferiores aos custos variáveis, a diferença entre a receita e os custos variáveis apenas aumentará as perdas decorrentes de suas obrigações fixas de mais longo prazo (sunk costs).

³³ O custo é um gasto reconhecido como tal no momento da utilização dos fatores de produção (bens e serviços) para a fabricação de um produto ou execução de um serviço. A Despesa é um bem ou serviço consumido direta ou indiretamente para a obtenção de receitas. Logo, todos custos se transformam em despesas quando da entrega dos bens ou serviços a que se referem, mas nem toda despesa foi custo.

³⁴ Segundo **G. Marceau** (ob cit.) a definição de Areeda-Turner de custos variáveis era tão abrangente que tornava a medida de custo mais para o lado dos custos totais. Posteriormente o Professor Areeda admitiu os limites de seu teste baseado numa distinção relativa entre custos fixos e variáveis que reflete escolhas de políticas e depende do prazo considerado. Para a autora as dificuldades de medir custos são notórias e cita o próprio Areeda (*Areeda, P. & Hovenkamp, H., Antitrust Law (1990 suppl)*): "Allocating costs among a firm's several product lines is inevitably arbitrary estimating the reasonable costs of obtaining capital or the *opportunity cost of using it is often intractable*, although perhaps arbitrary estimates can serve our immediate purpose fairly well. Marginal costs suffer from the uncertainty of computing not only what is marginal (which does not appear in the customary accounting statements) but also which costs are variable and which are fixed ... " (p. 20).

³⁵ *Sunk costs* ou custos irrecuperáveis são aqueles custos que a firma não pode deles escapar no curto prazo, seja por causa da existência de contratos, seja pela existência de ativos.

A firma eficiente é aquela cuja produção de uma dada quantidade de um produto ou serviço adiciona o menor custo, chamado pelos economistas de custo incremental do produto. O custo incremental médio pode ser igualado ao custo variável médio. Assim, se uma outra firma qualquer cobra um preço que pelo menos iguala seu custo variável médio de produção, então, este preço não pode (por óbvio) expulsar o concorrente mais eficiente do negócio. Daí resulta a primeira regra do teste Areeda-Turner: "Qualquer preço acima do custo variável médio pertinente para a quantidade de produto em questão não pode ser predatório porque ele nunca pode causar a saída (ou restringir a entrada) de um rival eficiente em busca de lucro".

Em outras palavras, o custo variável médio é a medida adequada porque supõe-se que, enquanto produzir e vender uma unidade adicional proporcionar receitas superiores ao custo de obter essa unidade (seu custo marginal, ou incremental), é rentável produzir essa unidade. Portanto, parte-se do pressuposto que para o empresário racional, nem sempre é desaconselhável, no curto prazo, vender com perdas, a um preço inferior ao custo total médio, desde que esse preço seja superior ao custo variável médio. Longe de ser uma invenção teórica dos economistas, o raciocínio acima retrata a própria maneira de agir dos empresários: qualquer preço acima do custo variável médio diminuiria a perda incorrida com os custos fixos que de qualquer maneira ocorreriam caso a produção fosse suspensa. Além disso, um novo pedido seria aceito somente se o preço de venda fosse suficiente para pagar todas as parcelas de custo provocadas por esse pedido e somente elas. Tal raciocínio leva-nos à conclusão de que a curva de oferta da empresa (que indica o preço mínimo a que estará disposta vender cada volume de produção) é a de custo marginal (desde que sejam cobertos, pelo menos, os custos variáveis médios).³⁶

O problema porém é estimar objetivamente quais são estes custos variáveis médios, pois, às vezes, o esquema de apropriação de custos adotado pela empresa não permite distinguir esse tipo de custo dos demais gastos incorridos para produzir e vender o produto ou a mercadoria. Na contabilidade da empresa, sempre é preciso decidir até onde serão levados os rateios. O problema de até que tipo de despesa atribuir ao produto ocorre mesmo no sistema do custeio direto (ou custeio variável), no qual somente são consideradas as despesas variáveis. Assim, mesmo nas empresas que adotam um sis-

³⁶ Custo marginal ou custo incremental é o aumento de custo ocasionado pela produção de uma unidade extra do produto. Devido ao fato de o custo fixo não apresentar variação quando ocorrem alterações no nível de produção da empresa, o custo marginal é apenas o aumento do custo variável ocasionado por uma unidade extra de produto (Pindyck, R. & Rubinfeld, D., Microeconomia. São Paulo: Makron Books, 1994, p. 262).

tema de apuração dos gastos para comporem o custo do produto de forma explícita e racional, pode ocorrer que muitas despesas fiquem de fora, como as de venda, administrativas, estocagem, manuseio, tributárias, financeiras etc.

No caso em tela, as Representadas foram solicitadas a apresentar demonstrativos das quantidades e valores de suas vendas dos produtos da linha Venobject, nos exercícios de 1994 e 1995 comparados com os respectivos custos. Em resposta elas apresentaram os custos de importação englobando todos os gastos atribuíveis a operações desse tipo (excluído o ICMS e o IPI), e os preços de venda praticados, líquidos de ICMS, os quais foram por elas considerados como adequados para a finalidade de demonstrar o lucro obtido em cada venda desses produtos.³⁷

No que se refere às demais despesas, as Representadas consideraram inadequada a imputação delas como custo dos produtos dessa linha face à irrelevância dos valores envolvidos nas operações com tais produtos em relação às operações globais da empresa. Como consequência, na comparação com os preços praticados, as Representadas apuraram as margens de lucro bruto, em cada operação de venda, ou seja, um percentual que reflete a margem de lucro e os custos de comercialização.

Assim procedendo, significa dizer que, com exceção dos custos de importação, as Representadas não apuram os demais custos variáveis da venda destes produtos, sejam eles diretos ou indiretos, considerando-os despesas do período juntamente com os demais custos fixos da empresa. Optando pela não-apropriação dos custos indiretos, interessa às Representadas somente a Margem de Contribuição por Unidade, que é a diferença entre a Receita e o Custo Variável (direto, identificado) de cada produto; é o valor que cada unidade efetivamente traz à empresa de sobra entre sua receita e o custo que de fato provocou e lhe pode ser imputado sem erro, que conta. Não se pode qualificar tal procedimento de "incorreto" vez que depende dos objetivos gerenciais, além do que, como lembra Sérgio de Iudícibus & J. C. Marion, o rateio dos custos gerais da empresa como um todo é muito discutível, do ponto de vista teórico e de sua eficácia gerencial. Segundo estes autores é preferível alocar tais custos como despesas de período, diretamente na demonstração de resultados.³⁸

A questão é: o custo variável da linha de produtos em questão a ser considerado deve incluir as despesas de venda e administrativas incorridas pela empresa na sua atividade como um todo? Se sim, o custo imputado aos

³⁷ O sistema adotado para calcular os custos dos produtos foi o sistema PEPS (Primeiro a Entrar, Primeiro a Sair).

³⁸ Contabilidade Comercial. São Paulo: Atlas, 3ª ed. 1991, p. 297).

produtos objeto de investigação, por meio de algum critério de rateio, reflete com segurança os custos variáveis desses produtos?

Para obter as respostas é necessário recorrer ao conceito de custo incremental médio, que não é ambíguo a esse respeito. O custo incremental médio de um dado aumento na produção sempre inclui qualquer gasto específico do produto (isto é, qualquer gasto que não serve a vários produtos em comum) que é causado pelo aumento da produção em questão, ainda que esse gasto tenha o caráter de fixo. Portanto, é neste sentido de custo incremental que é entendido o conceito de custo variável médio.

O conceito de custo variável acima não é muito diferente do mesmo conceito usado na Contabilidade. Como se sabe tanto os custos como as despesas podem ser fixas ou variáveis, mas um se distingue do outro. De acordo com os manuais de Contabilidade são custos de produção os gastos incorridos no processo de obtenção de bens e serviços destinados à venda, e somente eles. Não se incluem nesse grupo as despesas financeiras, as de administração e as de vendas.³⁹ Portanto, quando se estabelece que o teste comparativo de preço e custo para verificação da ocorrência do preço predatório tem como base o "custo variável", este valor não deve ser acrescido das "despesas variáveis indiretas".

Assim, tenho como apropriado considerar como custos variáveis dos tubos Venoject apenas e tão somente os custos de internação desses produtos, os quais incluem todos os gastos efetuados com a importação, até o momento da entrada das mercadorias nos depósitos das Representadas, e somente esses gastos. A composição desse custo foi demonstrada pelas Representadas nas planilhas constantes dos autos (fls. 18/52 dos Anexos), e constitui-se do preço CIF (convertido para a moeda nacional à taxa de câmbio da entrada da mercadoria no País), do imposto de importação e das demais despesas incorridas até o produto dar entrada nos estabelecimentos das Representadas (desembarço aduaneiro, frete nacional etc.).⁴⁰ O custo utilizado pelas Representadas para o cálculo das margens de cada operação de venda, foi obtido pela divisão do custo de internação de cada lote importado pela quantidade importada, e depois, utilizado o critério da média ponderada móvel para determinação do custo da mercadoria vendida (fls. 2.980/3.012 dos Anexos). O custo variável médio de cada tipo de tubo, no caso, é a própria média ponderada móvel do custo unitário. Serão estes — as médias ponderadas dos custos unitários de

³⁹ Cf. Eliseu Martins. Contabilidade de Custos. São Paulo: Atlas. 1979, p. 49.

⁴⁰ CIF, sigla de *Cost, Insurance and Freight*. É o preço da mercadoria importada, incluindo todas as despesas, seguro marítimo e frete, até a chegada da mercadoria ao porto de destino convencionado.

importação — os custos considerados para fins de comparação com os preços de venda dos tubos a vácuo, para verificar, no presente caso, se houveram vendas abaixo do custo.

Pairou incerteza sobre a amplitude com que deveriam ser agrupados os produtos cujos custos e preços seriam comparados. A dúvida era se a comparação preço/custo deveria ser feita com base em cada tipo de tubo individualmente ou se em toda a linha de tubos ofertada pelas Representadas. A jurisprudência das cortes norte-americanas indica que a comparação deve ser feita sobre toda a linha de produtos, no caso, "tubos Venoject", e não na base de produto por produto (por tipo de tubo).⁴¹ Este procedimento também é mais coerente com o produto relevante considerado, ou seja, "tubos para coleta de sangue a vácuo", e não "este ou aquele" tubo dentre os 31 tipos ofertados. A comparação a ser feita, então, seria entre o custo variável médio único do produto "tubo para coleta de sangue a vácuo" e o preço médio (resultante dos preços praticados dos diferentes tubos), em um dado período de tempo (mês, trimestre, ano etc.). Por questão de praticidade, e porque não altera o resultado final da análise, admiti a comparação custo variável médio/preço de venda por cada tipo de tubo, da forma como foi feita pelas Representadas, mas, no cômputo final, considere o resultado encontrado para toda a linha de tubos Venoject, e não os resultados que indicariam underselling neste ou naquele tipo de tubo.

Outro detalhe importante a ser definido antes da comparação custo/preços de venda é o período de tempo pertinente para o cálculo do custo variável médio. O problema surge porque a magnitude do custo variável de um produto (ou combinação de produtos) pode variar com o período de tempo considerado. No caso presente, isso não chega a ser um problema porque as únicas mudanças nos custos variáveis médios são as decorrentes dos diferentes custos de importação do produto, e isso já é resolvido pelo critério da média ponderada móvel utilizado nas planilhas apresentadas.

Superados estes pontos, passei então à análise das planilhas de custos; de preços de vendas praticados; e das margens resultantes da comparação entre custos e preços feita pelas próprias Representadas. Inicialmente, constatei estarem as informações devidamente suportadas pela documentação comprobatória, pelo que mereceram de minha parte, inteira confiança quanto à fidedignidade daquelas informações. Em segundo lugar, verifiquei que as mesmas continham as informações necessárias e suficientes para o atendimento dos objetivos da análise: ou seja, verificar se os preços de venda estavam

⁴¹ ABA Antitrust Section, *Antitrust Law Developments* (3d ed. 1992), p. 233.

abaixo dos custos de internação médios ou custos variáveis médios dos produtos.

Assim, de acordo com as planilhas demonstrativas das margens brutas verificou-se que a empresa MB Bioquímica não praticou, em nenhuma venda no período considerado, preços abaixo dos custos de internação médios do produto.

No caso da Merck, a comparação custo de internação médio de cada tipo de tubo e o preço de venda respectivo, mostrou que em alguns tipos de tubos ocorreram vendas por preços abaixo do custo considerado. Mas, quando considerada toda a linha de tubos para coleta de sangue a vácuo, a representatividade de tais vendas no cômputo da receita em cada um dos dois anos investigados, foi pouco acima de 2,0%, como mostra a tabela abaixo:

TABELA II - VENDAS DE TUBOS A VÁCUO PELA MERCK COM MARGENS BRUTAS NEGATIVAS (em % da receita anual com tubos Venoject)

Ano		Quant.	%	Valor (R\$)	%
1994	Vendas totais*	261.900	100,00	39.918,47	100,00
	Com margem negativa	3.900	1,49	301,85	0,76
1995	Vendas totais*	6.739.400	100,00	774.482,49	100,00
	Com margem negativa	135.500	2,01	15.727,93	2,03

* Vendas líquidas de ICMS. As quantidades são em unidades de tubos.

Fonte: Merck S.A. (fls. 1536).

Para a demonstração de preços predatórios é necessário que (i) os preços praticados estejam de forma evidente, abaixo dos custos de produção, que no caso de atividade exclusivamente comercial como este, considere os custos de internação, e (ii) a conduta não pode ser esporádica e de pequeno alcance, em razão de fatores conjunturais, tais como, necessidade de escoamento de estoques, mas deve ser relativamente consistente durante um período razoável de tempo e afetar parte significativa do mercado relevante, o que significa dizer que a conduta, de fato, atingiria parte significativa do mercado relevante.⁴²

⁴² Voto da Conselheira Lucia Helena Salgado no Processo Administrativo nº 08012.000349/98-10 (Nutrifoods/Kellogg), em 10.05.2000.

Além dos percentuais indicados na Tabela II, os indicadores de margem de contribuição proporcionada pela venda de tubos a vácuo das Representadas apontam na direção de que a prática das mesmas não era significativa a ponto de ser exclusionária. As margens de contribuição, tanto da MB quanto da Merck, com os produtos da linha Venoject foram positivas, tanto em 1994 como em 1995, como se pode ver pela tabela III, a seguir. Deve-se mencionar que o fato de a MB Bioquímica ter apresentado resultado líquido negativo em vários exercícios financeiros não tem, evidentemente, nenhuma incompatibilidade com os resultados brutos positivos na venda de tubos a vácuo, visto que as demonstrações financeiras retratam o resultado das receitas com todos os produtos vendidos pela empresa versus todas as despesas incorridas no exercício, ao passo que a comparação preço/custo aqui feita só considerou a atividade com a linha de tubos para coleta de sangue.

TABELA III - MARGENS BRUTAS DO GRUPO MERCK COM A VENDA DE TUBOS VENOJECT

Empresas	Margem Bruta*				
	1994		1995		Total
	R\$	%	R\$	%	
Merck	15.547,67	39,24	221.323,72	35,08	236.871,39
MB	204,93	70,2	38.018,96	26,47	38.223,89
Total					275.095,28

*Margem Bruta = receita de venda líquida de ICMS - custo de importação.

Diante dos resultados encontrados, decidi fazer ainda outro teste para identificar se havia algum comportamento estratégico específico das Representadas que caracterizasse uma política de preços direcionada a prejudicar a Representante. Dividi, então, os diversos tipos de tubos vendidos pela Merck, em 1995, em dois grupos: um grupo de 10 tubos que concorrem diretamente com os tubos mais importantes para a Labnew, representando cerca de 84,19% do seu faturamento bruto, e outro grupo com o restante dos tubos, que seriam apenas marginalmente importantes para a Labnew. O objetivo era verificar o comportamento das margens brutas médias das Representadas com o grupo de produtos representativos para a Labnew vis-à-vis o comportamento das margens brutas médias com o outro grupo. Note-se que para esta comparação, não importa que tipo de custo se esteja considerando, desde que seja o

mesmo para ambos os grupos, o resultado mostrará se o mark up utilizado teve níveis significativamente diferentes entre um e outro grupo. Assim, utilizei as margens médias dos diferentes tipos de tubos, tal como calculado pelo método da Representante (veja Anexo I do relatório), que considerou o custo total dos produtos e estimou um custo de comercialização de 65,91% do preço de venda (para o caso do ICMS de 18%). Chamo a atenção para o fato de que tais margens calculadas segundo o método acima, teve um nível elevado de margens negativas. O resultado está apresentado nas duas tabelas seguintes:

Tabela IV. MARGEM BRUTA MÉDIA DA MERCK EM DEZ TIPOS DE TUBOS VENOJECT SELECIONADOS (1995)

Produto	Produto da Labnew correspondente		Margem média ponderada
	Código	Part. (%) no faturam.	
945016	V20030	27,75	- 42,11%
945200			- 26,82%
945023	V20055	25,55	- 68,38%
945006	V20065	10,53	- 12,07%
945206	V20020	10,40	- 21,25%
945015			- 15,88%
945011	V20075	2,92	- 35,63%
945005			- 28,25%
945024	V20050	2,23	- 19,97%
945001			- 26,00%
Total		84,19	
Média aritmética das margens			-29,64%

Tabela V. MARGEM BRUTA MÉDIA DAS VENDAS DA MERCK NOS DEMAIS TIPOS DE TUBOS VENOJECT (1995)

Produto	Margem média ponderada
945002	-17,31%
945003	-4,15%
945004	-26,39%
945007	-17,83%
945008	-43,99%
945009	-48,03%
945010	-30,77%
945012	11,17%
945013	-15,21%
945017	-39,57%
945018	-22,52%
945019	-71,30%
945020	-21,95%
945021	-30,44%
945022	-18,37%
945028	-29,15%
945029	-50,18%
945204	-53,37%
945225	-7,79%
945227	-33,07%
945230	46,47%
945273	-11,75%
Média aritmética das margens	-24,34%

Como se percebe pelas Tabelas IV e V ocorreu uma diferença de ± 5 pontos percentuais entre a média aritmética das margens médias, indicando que as margens negativas do grupo dos produtos importantes para o faturamento da Labnew eram um pouco maiores do que para os demais produtos. No entanto, se percebe também que todos os dois grupos, segundo o critério adotado, que conforme foi argumentado, não é o critério adequado, nem aceito pelo Relator, apresentavam margens negativas. Isso indica que não havia subsídio cruzado entre os próprios tubos, ou seja entre aqueles tubos importantes para a receita da concorrente e os demais. Do mesmo modo, pode-se afirmar que não havia uma política de preços abaixo do custo diferenciada entre um grupo e outro.

IV.1 A BASE DA ACUSAÇÃO

O suporte de toda a acusação lançada pela Representante se fundamenta num custo hipotético do tubo Venoject resultante das relações estruturais das demonstrações de resultados das suas concorrentes. A partir desse custo, a Representante estima um suposto preço mínimo de venda, sem margem de lucro. O cálculo utilizado pela Representante foi o mesmo utilizado pelo DPDE, em parecer datado de 08/10/94, no processo 49/92 (da mesma Representante contra a Becton Dickinson), que na verdade, é um cálculo do preço de venda obtido a partir da taxa de marcação sem margem de lucro (Anexo I ao relatório). Encontrando o suposto preço mínimo de venda das Representadas pelo método acima, a Labnew, tendo acesso aos autos, contrapõe esse preço mínimo de venda teórico aos preços de venda efetivamente praticados e, verificando, então, repetidas diferenças negativas, se sente municiada de "evidências" para formular suas acusações, de underselling, de preço predatório, de dumping e de conluio entre suas concorrentes.

O critério utilizado pela Labnew para fundamentar suas acusações contra a concorrente Merck (e a subsidiária MB) é inadequado para fundamentar uma acusação de preços predatórios pela seguinte razão: ao incluir como parte do custo dos tubos Venoject, a título de Custo de Comercialização, as despesas de venda e administrativas extraídas das demonstrações financeiras das Representadas, a Labnew, na verdade está incluindo no custo as despesas indiretas (fixas e variáveis), comuns a todas as atividades de produção da Representada que, como se sabe, além da atividade comercial com produtos importados, é também fabricante de outros produtos na área farmacêutica. Embora tais despesas indiretas possam eventualmente conter componentes de gastos variáveis, o fato de serem rateadas aos produtos por algum critério a escolha da firma, qualquer que seja o critério, desclassifica-as, como já foi discutido, como integrante do custo variável médio, ou custo incremental médio.

O critério de custo utilizado para fazer a acusação se aproxima do custo total médio, que no caso como este, de uma firma multiproduto, viola toda lógica econômica da predação. Todas firmas multiproduto incorrem em custos fixos comuns a dois ou mais de seus produtos. Não há, todavia, nenhum meio economicamente defensável de dividir tais custos entre os vários produtos da firma. É pacífico que todos métodos de alocação de custos fixos comuns (ou indiretos) são arbitrários. Como observa Baumol (ob. cit.), perante as Cortes ou agências regulatórias, o Custo Total Médio, ou custos plenamente alocados, são sempre manipulados para produzir quaisquer respostas desejadas pela parte que os apresenta. Ademais, a gama de valores que tais

custos "maquinados" podem assumir é enorme. Por isso, recomenda-se que qualquer conclusão sobre o caráter predatório de um preço que é baseada num cálculo de custo total médio deve ser desconsiderada, dado que tal custo não pode oferecer absolutamente nenhuma informação econômica substantiva para o caso.

Só para ilustrar, apresento a seguir, uma amostra dos diversos níveis de custo de comercialização que aparecem nos autos e, que poderiam, em tese, integrar os cálculos para compor a medida de custo, segundo o critério reivindicado pela Representante.

TABELA VI - CUSTOS DE COMERCIALIZAÇÃO DE TUBOS A VÁCUO

(em percentuais do preço de venda do produto)

Custo imputado à Merck conforme petição inicial p/ 1994*	65,91%
Custo imputado à MB Bioquímica p/ 1994*	25,76%
Custo apurado pela Price Waterhouse, a pedido da Labnew (1992)*	43,65%
Margem bruta média (Custo de Comercialização + margem de lucro) da Merck para 1996 apurada pelo DECOM (Parecer 98/13)	34,00%
Custo de comercialização estimado pela Merck p/ 1994	22,09%

Obs.: Os percentuais apresentados pela Representante podem assumir valores diferentes, dependendo da alíquota dos tributos considerados para as despesas tributárias. *Desp. vendas e administrativas + despesas tributárias.

A Representante aponta a prática de subsídio cruzado pela Representada, citando, a título de exemplo, o caso do tubo Venoject 10 ml – código T-200S ou 945200 (que representa 27,8% do mercado), cujo preço teria caído 58% de Set./94 a Set./95. Segundo a Representante, enquanto isso, os preços dos kits diagnósticos para uso em laboratórios de análises clínicas teriam subido 119% (no caso dos reagentes para determinação da glicose), 68,8% (reagentes diagnósticos das provas de colesterol), e 70,2% (reagentes diagnósticos para a prova de triglicerídeos), num período em que a inflação foi de apenas 28,4%.

Conforme se verificou nos dados de custo da Representada, o que ocorreu com esse produto foi que os gastos de importação foram bastante mais altas no primeiro lote de importações, o que fez com que o preço de venda fosse também mais alto, no início. Os dados de importação mostram que o custo unitário de internação (da caixa c/ 100 tubos) caiu de R\$9,72 em Setembro de 1994, para uma média de R\$7,23, para o ano de 1995, ou seja, uma queda de 25,6%. E a Representante teve conhecimento dessa informação. A margem bruta sobre o preço de venda com esse produto, já descontado o ICMS, ainda foi de 38,03%. Embora não tenha sido determinado às Representadas que apresentassem a documentação dos kits diagnósticos, visto que os mercados destes e dos diversos outros produtos não foram abrangidos pela análise, as mesmas apresentaram informações atestando que o reajuste do reagente diagnóstico para determinação de glicose foi de 38,84% no aludido período. De qualquer forma considero sem fundamento a tese do subsídio cruzado, porque como ficou demonstrado, as Representadas simplesmente não tiveram prejuízo com a linha de tubos para coleta de sangue a vácuo que deveriam ser subsidiados com sobrepreço em outros produtos. Conforme a Tabela III, o lucro bruto com tubos das empresas Merck, no período, foi de R\$ 275.095,28, para uma receita de R\$ 943.858,53.

V. CONCLUSÃO

Os problemas financeiros da Labnew começaram bem antes do período em que se alegou a ocorrência da prática investigada, em 1989 (fls. 1674).

De acordo com o procedimento recomendado pela Resolução 20 do CADE, não há infração da ordem econômica se os preços de venda são acima do custo variável médio.

Como o custo de internação é o custo direto e variável, considero-o como o referencial apropriado para se chegar ao custo variável médio base para aferição de existência ou não do preço predatório. Assim, considero a comparação custo de internação/preço líquido de venda feita pelas Representadas como um teste adequado para verificar a ocorrência de preço abaixo do custo.

Entendo que ficou demonstrado pela comparação dos custos de internação dos tubos Venoject (considerados como os custos variáveis desses produtos) com os preços praticados pelas empresas MB e Merck, que tais preços tiveram, em geral, margens brutas positivas, e, em muitos casos, suficientes para cobrir, pelo menos, todos os demais custos incorridos na comercialização. Assim, sendo, tais preços praticados não podem ser considerados

predatórios, considerando-se o rigoroso teste Areeda-Turner. As poucas vendas havidas com preços abaixo desses custos não podem ser consideradas infrativas da ordem econômica, visto que a magnitude delas, não poderia, por si só, alijar do mercado uma concorrente que tinha, até maior participação no mercado, como é o caso da Labnew.

Assim sendo, entendo que a prática alegada não configura preço predatório, nos termos dos art. 20 e 21, inc. XVIII, da Lei 8.884/94 e da Resolução 20 do CADE. Isto é, um preço que excede o custo variável médio como aqui definido não pode ser predatório. Como foi demonstrado, nenhum preço praticado por uma firma estabelecida, que pelo menos iguala seu custo variável médio pode forçar a saída ou restringir a entrada de qualquer rival que é pelo menos igualmente eficiente em termos do custo incremental do produto em questão.

Assim, determino o arquivamento do processo administrativo.

É o voto.

Brasília, 30 de Maio de 2001

Mércio Felsky

