

Processo Administrativo nº 68/92

Representante: DAP/MEFP

Representado: ALCON LABORATÓRIOS DO BRASIL LTDA.

Relator: Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

DECISÃO

O Plenário decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso de ofício e pelo consequente arquivamento do autos

PARECER DA PROCURADORA MAGALI KLAJMIC

EMENTA: Processo Administrativo. Acusação de infringência ao art. 3º, inciso I da Lei nº 8.158/91. “Maquiagem” de produto. A configuração do ilícito está vinculada à potencialidade da empresa para modificar a dinâmica do mercado. Em ambiente concorrencial, a alteração não substancial de produto é estratégica exclusivamente empresarial, fugindo ao alcance da legislação de defesa da concorrência. Ilícito econômico não caracterizado. Proposta de arquivamento dos autos. Recurso de ofício desprovido.

Trata-se de recurso de ofício interposto pelo Sr. Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que, adotando como razões de decidir os argumentos técnicos de fls. 182/183, determinou o arquivamento do Processo Administrativo nº 68/92, instaurado a contra a ALCON LABORATÓRIOS DO BRASIL, recorrendo a este Egrégio Conselho por força do disposto nos arts. 31 e 39 da Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994.

Relatam os autos que o Departamento de Abastecimento e Preços - DAP do MEFP, através do ofício DAP nº 0043192 de 02.07.92, encaminhou denúncia de reajuste desproporcional de preços no lançamento de nova apresentação do produto NUTRACORT, fabricado pela Representada, por considerar elevado o percentual de 179,99% por grama.

Com base nessas informações, a Secretaria de Direito Econômico/MJ iniciou suas investigações abrindo a Representação nº 169/92, que, posteriormente, ensejou o Processo Administrativo ora em exame.

Chamada a apresentar sua defesa, a Representada alegou, em resumo, o seguinte:

- É fabricante do produto NUTRACORT, corticóide de uso tópico, classificado no IMS como D7A e registrado na Divisão Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde em 08.08.88, nas apresentações “1% creme derm”. CT Pote c/. 50 gr. e “1% creme derm”. Bg. c/. 60 gr.

Em 08.12.89 requereu o cancelamento dessas apresentações e o registro de novas (bisnagas de 15 gr. e de 30 gr.), justificando a modificação com a alegação de que o produto se tornaria mais competitivo em relação aos seus concorrentes - todos com apresentações de 15 gr. - e que a quantidade seria suficiente para o tratamento completo para todas as indicações terapêuticas pertinentes.

Os novos registros e o cancelamento requerido foram deferidos através da Portaria nº 27 de 06.09.90, publicada no D.O.U. de 14.09.90, sem que o produto tivesse sido lançado no mercado, em qualquer das apresentações.

Em 30.01.91, atendendo à solicitação do DAP/MEFP, através do Telex-circular nº 04/09/91, a Representada enviou àquele órgão a tabela de preços de todos os seus produtos, para vigorar em Fevereiro/91. Nessa tabela não constou o produto NUTRACORT, pois, os registros das apresentações de 50 e 60 gr. já tinham sido cancelados e as apresentações de 15 gr. e 30 gr. ainda não tinham sido lançadas no mercado.

Em 17.10.91, atendendo ao determinado pela Portaria nº 430 de 03.06.91, enviou ao DAP/MEFP documentação relativa ao produto NUTRACORT na apresentação de 15 gr., reiterando, na ocasião, o pedido de exclusão das apresentações de 50 gr. e 60 gr.

- O produto NUTRACORT foi, efetivamente, lançado no mercado em junho de 1991, na apresentação de 15 gr.

- Durante o período de junho/91 a novembro/91, a apresentação de 60 gr. continuou a constar das Portarias Publicadas pelo MEFP, apesar dos reiterados pedidos de exclusão.
- A denúncia do DAP/MEFP baseou-se no preço da apresentação de 60 gr., indevidamente fixado pelo governo àquela ocasião, uma vez que o produto já estava com o registro cancelado desde 14.09.90, tanto que, na época da liberação, sequer foi atualizado pela empresa.
- O preço efetivamente praticado do produto NUTRACORT de 15 gr. era de CR\$ 97,74 por grama, e nunca chegou ao patamar de CR\$ 128,27 considerado pelo DAP.
- Os preços da apresentação de 60 gr., se tivessem sido atualizados após a fase de congelamento, chegariam a valores compatíveis com os praticados na apresentação de 15 gr.
- A participação do produto na subclasse D7A é de 1,01% e representa apenas 0,7% no faturamento da empresa.
- Os produtos concorrentes têm apresentações em tubos/bisnagas de 15 gr., quantidade mais adaptada ao esquema posológico do produto.

O Ministério da Saúde, através de sua Secretaria de Vigilância Sanitária, informa que “a apresentação do produto NUTRACORT, em bisnagas de 15 gr., atende a um tratamento completo de grande parte dos quadros nos quais o uso da corticoterapia tópica está indicado, o que se constitui em justificativa bastante para a existência do seu registro neste Ministério”. (fls. 153/154).

O Ministério da Fazenda, chamado a prestar informações e parecer técnico, conclui que “a solicitação de cancelamento desta apresentação se deu por uma estratégia mercadológica e não por um problema de preço, conforme justificativa da própria empresa em sua Defesa Prévia, item 3.2, página 7: “... tendo em vista uma melhor adequação ao esquema posológico e maior competitividade com produtos similares no mercado”. (fls. 177/180).

O Sr. Secretário de Direito Econômico, com base nas notas e pareceres técnicos constantes dos autos, considerou insubsistente a conduta imputada à Representada, decidindo pelo arquivamento do feito e recorrendo de ofício à este Egrégio Conselho, nos moldes dos art. 31 e 39 da Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994.

É o que dos autos consta.

Ensejando nosso parecer, impôs-se o entendimento das questões aqui abordadas confrontadas com a legislação de defesa da concorrência.

Ao lançar efetivamente no mercado o produto NUTRACORT, corticóide para uso dermatológico em bisnagas de 15 gr. substituindo as apresentações de 50 gr. e 60 gr. que, anteriormente, pretendia comercializar, a empresa ALCON foi acusada de infringir as disposições contidas no art. 3º, inciso I, da Lei nº 8.158/91, vendo-se, em sua conduta, prática nociva de “maquiar” o produto, utilizando-se de modificação não substancial em sua apresentação, com o objetivo de aumentar arbitrariamente seus lucros.

Observe-se que o citado dispositivo legal considera infração à ordem econômica o estabelecimento de preços mediante a utilização de meios artificiosos, tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominação de mercado, prejuízo à livre concorrência ou aumento arbitrário de lucros. Por conseguinte, sob a égide da Lei nº 8.158/91, vigente à época dos fatos, só configurar-se-á a prática ilícita punível administrativamente, se produzido o resultado ou comprovado os efeitos de dominação de mercado, prejuízo à concorrência ou aumento arbitrário de lucros.

Na exegese deste artigo, sobressai o caráter finalístico da legislação, onde a intenção do agente é considerada face à constatação do efetivo dano à concorrência.

Portanto, a caracterização da conduta, com vistas ao referido art. 3º, inciso I, deverá estar vinculada à prévia existência de características personalíssimas da empresa sem as quais não se consubstanciará a ilicitude. Seriam, essas características personalíssimas, aquelas que a tornam capaz de modificar o

mercado relevante, de forma a gerar os efeitos anticoncorrenciais previstos em lei.

No caso, por pressuposto, a empresa deverá estar em posição dominante em tal grau, que a coloque confortavelmente imune às forças reguladoras da lei da oferta e da demanda no mercado em que atua, permitindo-lhe a utilização de estratégias artificiosas para, sem riscos, estabelecer a alavancagem de sua margem de lucros.

No exame dos autos, não reconhecemos tal condição.

A ALCON, ao estabelecer suas estratégias de preço e comercialização, não esteve, em nenhum momento, ao abrigo das reações das forças de mercado. O produto em pauta compete com similares perfeitos das empresas Schering e Stiefel, e com similares terapêuticos das empresas Glaxo, Eli Lilly e Bristol. Tem-se, portanto, como fácil e rápida a sua substituição pelo consumidor, dada a variedade de produtos de outros fabricantes. A participação do produto no mercado relevante está em torno de 1,01%, sendo menor do que a dos seus concorrentes (fls. 179).

A caracterização do ilícito está vinculada à capacidade potencial que a empresa teria de influir e modificar a dinâmica do mercado em que atua, impondo suas próprias regras, insubmissas aos efeitos da lei da oferta e da demanda. Não podemos reconhecer, no caso dos autos, essa potencialidade que é uma das essencialidades do tipo.

Sob a ótica dos produtos farmacêuticos de uso oftalmológico e dermatológico, a posição da empresa ALCON no “ranking” é significativa. No entanto, a nosso ver, a participação de 1% do mercado relevante não lhe confere a aptidão necessária para influir na dinâmica desse mercado.

No mesmo sentido, além de não reconhecer condições potenciais para a modificação da dinâmica do mercado relevante em que atua a empresa ALCON, entendemos que também não se estabeleceu o nexo da causalidade necessário entre a conduta - alteração na apresentação do medicamento combinada com aumento desproporcional de preços - e o objeto da ação ou seu efeito no mercado.

A empresa, ao adequar seu produto às mesmas quantidades dos produtos concorrentes, evidentemente, pretendeu torná-lo mais competitivo, sem prejuízo ao consumidor, uma vez que a Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde considerou a bisnaga de 15 gr. “atende a um tratamento completo de grande parte dos quadros nos quais o uso da corticoterapia tópica está indicada”.

A mudança na apresentação do produto parece-nos justificada quando a confrontamos com os produtos concorrentes, todos em bisnagas de 15 gr.

Com relação ao alegado aumento desproporcional de preços, também, não o temos como caracterizado. A embalagem de 60 gr. não pode ser considerada como parâmetro, pois, a própria empresa a teve como antieconômica, o que ficou evidenciado pelo fato de nunca ter sido comercializada e pelo cancelamento do registro em setembro/90.

Deve ser levado em conta, igualmente, que a fixação do preço do produto na embalagem de 15 gr., lançada nove meses depois do cancelamento do registro anterior, teve que considerar uma outra conjuntura, após novo plano econômico, quando os preços dos medicamentos estiveram sob intervenção governamental.

A par disso, em regime de liberdade econômica, mercados onde se configura ambiente concorrencial, como o caso em tela, o reconhecimento do “preço razoável” ou “preço de equilíbrio” passa a ser de ato de estratégia exclusivamente empresarial, fugindo ao alcance da legislação de proteção à concorrência.

Em face ao exposto, não reconhecidas as condições personalíssimas que isentem a Representada do efeito regulador da Lei da Oferta e da Demanda, bem como, não estabelecido nexo de causalidade entre a prática denunciada e os objetos previstos no caput do art. 3º da Lei nº 8.158/91, esta Procuradoria opina pelo desprovidimento do recurso de ofício e pelo conseqüente arquivamento dos autos.

Brasília, 6 de maio de 1996

Magali Klajmic

Procuradora “ad hoc”

Processo Administrativo nº 68/92

Representante: DAP - MF

Representada: Alcon Laboratórios do Brasil Ltda.

Relator: Conselheiro Leônidas Rangel Xausa

VOTO DO CONSELHEIRO LEÔNIDAS RANGEL XAUSA

Lanço este voto curtíssimo, sob a inspiração do velho Machado: “com a pena da galhofa e a tinta da melancolia”.

Trata-se de expediente administrativo surrealista, iniciado em 02.07.92, através de Ofício do Departamento de Abastecimento e Preços do então Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, que gerou uma representação na SDE, ensejando Processo Administrativo instaurado em 28.10.92, com informações favoráveis ao representado, tanto do Ministério da Fazenda, como do Ministério da Saúde. Devidamente arquivado pela SDE em 18.05.95. Recurso “Ex officio” desacolhido pelo parecer da douta Procuradoria desta Casa que propõe o definitivo arquivamento.

O procedimento que relato me foi distribuído em 16.06.96, e discute, essencialmente, a seguinte questão transcendental: cabe punição a Laboratório por comercialização, que nunca ocorreu, de 1 bisnaga dermatológica?

Após 47 meses e 219 folhas decidiu-se que não. Pelo que acolho nos seus termos o relatório e o parecer da Procuradoria, determinando o arquivamento.

É o voto.

Brasília, 14e junho de 1996.

Leônidas Rangel Xausa
Conselheiro-Relator

