

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

CONSULTA Nº 03/93

CONSULENTE: ABRAFARMA - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FARMÁCIAS E DROGARIAS.

DECISÃO

À unanimidade, o Conselho se pronunciou, no sentido de que o Município, ao legislar sobre a delimitação de área geográfica para instalação de farmácias e drogarias, o faz no exercício de sua competência constitucional (art. 30 inciso I, da Constituição Federal). A posição dominante que pudesse advir dessa autorização para localização há de ser analisada, tomando-se em conta seus efeitos existentes ou prováveis. Em um tal contexto, decidiu que havendo indícios da existência de práticas anticoncorrenciais tem a Secretaria de Direito Econômico SDE/MJ a obrigação de instaurar o competente processo administrativo, com base na Lei nº 8.158/91.

Plenário , 25 de agosto de 1993.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro Relator

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

Fui Presente:

CARLA LOBÃO BARROSO DE SOUSA - Procuradora "ad hoc"

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA ATA DA 17ª SESSÃO ORDINÁRIA, DE 25 DE AGOSTO DE 1993

Aos vinte e cinco dias do mês de agosto de um mil novecentos e noventa e três, às quatorze horas, no Edifício Anexo II do Ministério da Justiça, 2º andar, reuniu-se, em Sessão Pública de Julgamento, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, presidido pelo Senhor Presidente Dr. RUY COUTINHO DO NASCIMENTO, presentes os Conselheiros CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO, NEIDE

TERESINHA MALARD, MARCELO MONTEIRO SOARES, JOSÉ MATIAS PEREIRA e a Procuradora "ad hoc", CARLA LOBÃO BARROSO DE SOUSA. O Presidente submeteu ao Conselho, a ata da sessão anterior, que foi aprovada. Prosseguindo, deu início ao julgamento da Consulta nº 003/93, em que é Consulente: ABRAFARMA - Associação Brasileira de Farmácias e Drogarias. O Conselheiro Relator JOSÉ MATIAS PEREIRA procedeu à leitura do Relatório. Em seguida, de acordo com o Regimento Interno, o Presidente deu a palavra à Procuradora "ad hoc". O Conselheiro Relator proferiu, então, o seu voto. Os demais Conselheiros e o Presidente acompanharam o Voto do Relator. Nada mais havendo a tratar, o Senhor Presidente deu por encerrada a sessão.

DECISÃO: À unanimidade, o Conselho se pronunciou no sentido de que o Município ao legislar sobre a delimitação de área geográfica para a instalação de farmácias e drogarias, o faz no exercício de sua competência constitucional (art. 30 inciso I, da Constituição Federal). A posição dominante que pudesse advir dessa autorização para localização há de ser analisada, tomando-se em conta seus efeitos existentes ou prováveis. Em um tal contexto, decidiu que havendo indícios da existência de práticas anticoncorrenciais tem a Secretaria de Direito Econômico SDE/MJ a obrigação de instaurar o competente processo administrativo, com base na Lei nº 8.158/91, visando corrigir as anomalias de comportamento do segmento econômico representado por farmácias e drogarias. Voto do Relator, sem divergência. Nada mais havendo a tratar, o Senhor Presidente deu por encerrada a Sessão.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO

Presidente

(Of. nº 165/93)

Seção I, pág. 12.953

PARECER DA PROCURADORA

EMENTA: Consulta. Art. 10 da Lei nº 8.158/91. Delimitação geográfica de mercado de natureza essencial. Incentivo à criação ou manutenção de monopólios ou oligopólios. Possibilidade de adoção de práticas restritivas da concorrência. Manifestação em tese.

1. A Associação Brasileira de Farmácias e Drogarias - ABRAFARMA, com base no art. 10 da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991, submete consulta ao CADE, sobre a natureza da Lei Municipal nº 847, de 06 de abril de 1993, face à legislação de defesa da concorrência e os princípios que a orientam.

2. Segundo a Consulente, o comércio farmacêutico reveste-se, por sua própria natureza, de caráter essencial, na medida em que oferece à população bens de evidente utilidade social, devendo, assim, ser ampla a oferta de produtos e, maior possível o número de estabelecimentos (fls. 01).

Todavia, o Legislativo Municipal de Barueri-SP, através da Lei nº 847/93, e a exemplo do que vem sendo feito por várias Câmaras Municipais, veda a concessão de licença de funcionamento de nova farmácia ou drogaria no Município em prédios localizados a menos de 300m (trezentos metros) de outra já existente, criando, com isso, uma reserva de mercado para os estabelecimentos já existentes, sem se considerar se estão prestando serviços adequados aos consumidores quanto à qualidade e ao preço (fls.02).

Esse tipo de legislação, de acordo com a Consulente, impede a livre concorrência, porquanto privilegia a reserva de mercado, afetando diretamente os mecanismos de formação de preços, a liberdade de iniciativa e os princípios constitucionais da ordem econômica (fls. 03).

3. A questão posta na consulta é a de saber se a Lei Municipal nº 847/93 está em consonância com a legislação de defesa da concorrência e com os princípios constitucionais que a orientam e fundamentam.

4. Preliminarmente, é de se observar que não compete ao Poder Executivo, e sim ao Poder Judiciário, examinar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, não podendo, pois, o CADE apreciar lei municipal face a princípios erigidos na Constituição Federal.

Ressalte-se, ainda, que o Município, ao legislar sobre assuntos de interesse local, exerce a competência que lhe é conferida pela Constituição (art. 3º, inciso I da C.R.F.B.). A atividade legislativa que desempenha não constitui, certamente, atividade econômica, não podendo, por conseguinte, ser visto como agente econômico, passível de controle pelos órgãos federais encarregados da defesa da concorrência.

Outra seria a situação se estivesse o Município a exercer atividade econômica, atuando como uma das forças do mercado.

5. A questão, todavia, pode ser apreciada quanto aos possíveis efeitos que uma postura municipal possa causar no mercado.

Na verdade, a estipulação de uma distância mínima a ser mantida entre as farmácias ou drogarias, aliada ao fato de que as licenças para

funcionamento destes estabelecimentos podem ser concedidas independentemente da requerente já ser proprietária ou sócia de mais de uma farmácia ou drogaria na região, pode constituir-se em fator de incentivo à criação ou manutenção de oligopólios ou monopólios.

Os monopólios e os oligopólios, por deterem parcela expressiva do mercado, possuem a capacidade de influenciá-lo, em razão da posição dominante que detêm.

Quando o mercado é composto de vários agentes e nenhum deles detém parcela significativa desse mercado, a atuação dos agentes econômicos se dá em regime de concorrência.

A delimitação do mercado sem a preocupação de alocação de seus participantes facilita a adoção de práticas restritivas, em detrimento da concorrência num mercado de natureza essencial.

Neste caso, porém, havendo indícios de que conduta anticoncorrencial esteja ocorrendo por parte das farmácias ou drogarias que virem a se beneficiar da postura municipal em questão, a Secretaria de Direito Econômico, no exercício da competência que lhe confere a Lei nº 8.158/91, instaurará o devido processo administrativo.

É o parecer.

Brasília(DF), 21 de julho de 1993.

CARLA BARROSO

Procuradora "ad hoc"

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

Trata-se de consulta formulada com base no artigo 10 da Lei nº 8.158/91, pela Associação Brasileira de Farmácias e Drogarias - ABRAFARMA, sobre a matéria regulada pelas Leis nº 847, de 06 .04.93 e nº 852 de 28.04.93 do Município de Barueri-SP., face à legislação de defesa da concorrência.

Relata a Consulente que muitos municípios brasileiros, principalmente no Estado de São Paulo, possuem leis que estabelecem restrições geográficas à instalação de novas farmácias. Trouxe o exemplo do Município de Barueri, Estado de São Paulo, onde há, inclusive, restrições para a instalação de bares, lanchonetes e restaurantes.

No caso do referido Município, diz a Consulente que a Lei nº 847/93, no seu artigo 1º, veda a concessão de licença para funcionamento de

nova farmácia ou drogaria em prédios localizados a menos de 300m (trezentos metros) de outra já existente (fls. 02).

Afirma a Consulente que estas leis criam reserva de mercado para os estabelecimentos já existentes, sem nem mesmo se considerar se estão prestando serviços adequados aos consumidores na qualidade e no preço (fls. 02).

Além disso, segundo afirma a Consulente, estas leis criam um zoneamento que impede a livre concorrência, tendo se tornado comum nos diversos estados brasileiros (fls. 017 e ss.).

Requer a Consulente, a manifestação deste Conselho sobre esse tipo de legislação "vis a vis" as leis de defesa da concorrência e os princípios constitucionais da ordem econômica.

Com base no Parágrafo único do art. 28 e no art. 29 do Regimento Interno deste Conselho, solicitei a manifestação da Ilustre Procuradora do CADE, que apresentou o Parecer de fls. 73/75, arguindo em preliminar, que o CADE não é órgão competente para apreciar a inconstitucionalidade de lei, tarefa que compete ao Poder Judiciário. Quanto aos efeitos que a determinação de uma distância mínima entre as farmácias poderia ocasionar no mercado, a il. Procuradora esclarece que a prática poderia constituir fator estimulante à criação de oligopólios ou monopólios, prejudicando a livre concorrência. No entanto, somente diante de indícios de abuso do poder econômico que viesse ocorrer em razão dessa postura municipal, a Secretaria de Direito Econômico, no exercício da competência que lhe confere a Lei nº 8.158/91, poderia instaurar o devido processo administrativo contra a farmácia ou drogaria envolvida na conduta.

Junto à Consulta, veio aos autos cópia de Justificativa da Lei nº 856 de 11.05.93, que revogou as Leis nº 847 de 06.04.93 e nº 852 de 28.04.93 (fls. 77/80).

Depois de formulada a Consulta, a Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico - ABCFARMA informou que a Câmara Municipal de São Paulo aprovou, por unanimidade, lei que estipula distância mínima de 200 metros entre as farmácias. Segundo a Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico - ABCFARMA, a nova lei, editada com base no artigo 30, inciso I da Constituição Federal, teve por objetivos principais evitar a concentração de farmácias em algumas áreas da cidade comercialmente mais atrativas e preservar um jogo saudável de mercado, garantindo a livre iniciativa e a livre concorrência.

Este é o relatório.

Brasília, 25 de agosto de 1993.

JOSÉ MATIAS PEREIRA

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

EMENTA: *Consulta. Defesa da Concorrência. Lei Municipal que delimita área geográfica para instalação de farmácias e drogarias. Atribuição de poder de mercado, facilitando adoção de práticas restritivas da concorrência. Inibição da concorrência ao criar empecilhos à entrada de novas farmácias no mercado. Possibilidade de surgimento de oligopólios ou monopólios. Competência da Secretaria de Direito Econômico (Lei nº 8.158/91) para apurar eventual abuso de posição dominante.*

1. Trata-se da lei municipal editada com a finalidade de organizar legitimamente o espaço geográfico do Município.

2. Ao legislar sobre matéria de interesse local (art. 30, inciso I, da Constituição Federal), o Município está no exercício de sua competência constitucional.

3. Se a lei contraria princípio consagrado na Constituição Federal, in casu, o princípio da livre concorrência, é ao Poder Judiciário que compete, exclusivamente, julgar da constitucionalidade e/ou da validade da referida lei.

Como bem destacado por Hely Lopes Meirelles.

“Qualquer que seja a procedência, a natureza e o objeto do ato, desde que traga em si a possibilidade de lesão a direito individual ou ao patrimônio público, ficará sujeito à apreciação judicial, exatamente para que a Justiça diga se foi ou não praticado com fidelidade à lei, e se ofendeu direitos do indivíduo ou interesses da coletividade” (in "Direito Administrativo Brasileiro", Ed. Revista dos Tribunais, 12ª ed., 1986, pág. 168).

5. Na presente Consulta, o Município, ao legislar sobre matéria de sua competência, está desempenhando função pública, não atuando, portanto, como agente econômico, sujeito à lei da concorrência.

6. Contudo, a lei municipal ao delimitar a área geográfica para instalação de farmácias e drogarias, poderia, em princípio, estar atribuindo poder de mercado aos estabelecimentos que viessem a se beneficiar da autorização ou licença para localização, facilitando, com isso, a adoção de práticas restritivas da concorrência, em detrimento dos consumidores de produto essencial, como é o caso dos medicamentos.

7. Ademais, esse tipo de regulação poderia inibir a concorrência, criando empecilhos à entrada de novas farmácias no mercado.

8. Outro aspecto inibidor dessa delimitação geográfica estaria na concessão de licença ou autorização de localização das farmácias. Esta concessão independe da requerente já ser proprietária ou sócia de mais de uma farmácia ou drogaria na região. Desta forma, estar-se-ia criando um ambiente propício ao surgimento ou à manutenção de oligopólios ou monopólios que, por sua própria natureza, possuem a capacidade de influenciar o mercado em função do poder que detêm.

9. Neste segmento econômico, é sempre desejável que ocorra uma pulverização do mercado, pois com a existência de várias empresas, sem que nenhuma delas detenha dele parcela significativa, o torna concorrencial.

10. Benjamin Shieber esclarece sobre a matéria:

“A competição é a arma do consumidor. Baixa o preço e melhora a qualidade, pois a lei da inércia e da cobiça implica os monopólios a serem indiferentes a esta, pois dela não dependem para o escoamento de seus produtos, uma vez que o comprador não tem opção. Concorrência é melhor qualidade e menor preço. É porta aberta a novo sangue e novas idéias. Monopólio, maior preço e pior qualidade. Quando a produção e o comércio pertencem a muitos ou vários, não a um só, a concorrência é o meio natural de proteger o consumidor como o economicamente mais fraco. A lei necessariamente há de assegurar a competição, para que não seja compelida a criar mecanismos artificiais contra preços exclusivos ou únicos. pela interpretação finalística ou teleológica, decisiva na elaboração e na aplicação das leis, eis a meta dos preceitos jurídicos contra o abuso do poder econômico - garantir o primado da economia popular. Garantir a competição, para proteger o consumidor”.

“Os benefícios econômicos que se espera da concorrência podem ser encarados sob vários aspectos. Primeiro, o aspecto que visa os interesses do consumidor, que goza, sob um regime em que prevalece a concorrência, de melhor qualidade, menor preço, e um grande número de produtos entre os quais possa escolher. Segundo, o aspecto que visa os interesses das empresas concorrentes, tanto os

potenciais como as atuais. Estas gozam, num regime de concorrência, da liberdade de dedicar-se a um ramo de negócios e de crescer pelo mérito de seus atributos sem sofrer entraves pelas ações conjuntas das empresas que já fazem parte do mercado ou pelas atividades de empresas dominantes. Finalmente, o aspecto que visa ao interesse da nação inteira no desenvolvimento econômico do país, que, sob um regime de concorrência, goza de um parque industrial moderno que fortalece e assegura ao povo os produtos que melhoram uma vida cotidiana" (in "Abusos do poder econômico", Editora "Revista dos Tribunais Ltda", 2ª ed., 1966, fls. 63 e 64).

11. A posição dominante que pudesse advir dessas autorizações para localização há de ser analisada, tomando-se em conta seus efeitos existentes ou prováveis. Em um tal contexto, havendo indícios da existência de práticas anti-concorrenciais tem a Secretaria de Direito Econômico a obrigação de instaurar o competente processo administrativo, com base na Lei nº 8.158/91, visando corrigir as anomalias de comportamento do segmento econômico representado por farmácias e drogarias.

Acolhido este entendimento pelo Colegiado, deve-se dele dar ciência à Consulente, à Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico - ACBFARMA e à Associação Brasileira de Municípios.

Este é o meu voto.

Brasília, 25 de agosto de 1993.

JOSÉ MATIAS PEREIRA