

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 12/91

REPRESENTANTE: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

REPRESENTADA: ACHÉ Laboratórios Farmacêuticos S.A.

DECISÃO

Por unanimidade, os membros do Conselho decidiram pela procedência da Representação, por fato capitulado no art. 2º, item III, letra "c" da lei 4.137/62, estipulando a multa de Cr\$ 260.000.000,00 (duzentos e sessenta milhões de cruzeiros), a ser recolhida pela representada no prazo máximo de 03 (três) dias úteis, a partir da publicação da Decisão no Diário Oficial da União.

Plenária do CADE, 29 de outubro de 1992

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro Relator

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

Fui Presente:

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO - Procurador

PARECER DO PROCURADOR

Trata-se de processo administrativo instaurado a partir de representação do Presidente da República em exercício, datada de 19.07.91, dando conta de desabastecimento de remédios de uso contínuo e obrigatório, provocado por setores da indústria farmacêutica, com finalidade especulativa.

A representação motivou reunião, em 22.07.91, da Secretaria Nacional de Direito Econômico com integrantes do setor, de que participou o laboratório representado. Ali, admitiu-se "a existência de problemas localizados, especialmente de produção dos medicamentos de uso contínuo e obrigatório" (fls. 2).

Convidado, o Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos de Brasília (ABCFARMA) apresentou lista de medicamentos em falta no comércio varejista (fls. 4), incluindo os remédios Epelin, Vertix e Vertizine D.

Cumpridos os trâmites próprios do processo, conclui a Secretaria Nacional de Direito Econômico que a empresa representada cometeu infração capitulável no art. 2º., III, "c", da Lei n. 4.137/62. Tem por comprovado que o laboratório manipulou a produção e venda dos remédios Epelin (suspensão oral, frasco com 120ml), Vertix (10 mg/comprimidos) e Vertizine D.

A conclusão da Secretaria Nacional de Direito Econômico se faz a partir de dados, fornecidos pela própria empresa, pelo comércio e por distribuidores, que positivam a queda de venda de medicamentos pelo laboratório, não obstante a procura pelos produtos no mercado. Houve destaque, na caracterização do problema, para a situação de Brasília no segundo trimestre de 1991.

Há elementos nos autos que suportam a acusação de abuso do poder econômico.

A falta dos produtos no mercado, não somente foi reconhecida na reunião que a Secretaria Nacional de Direito Econômico promoveu, como, também, o testemunho da ABCFARMA abona essa realidade, quando menos em Brasília.

O problema, cumpre referir, se fez mais agudo no segundo trimestre de 1991, como os autos revelam acerca de cada medicamento em exame.

No caso do Epelin, os dados estatísticos apontam para a existência de estoques, que, entretanto, não eram postos a venda, gerando considerável descompasso na equação entre a necessidade do produto no mercado e a sua entrega à comercialização.

Assim, observa-se, pelos dados constantes dos autos, que a venda média do medicamento no segundo trimestre de 1991 foi 43% inferior à ocorrida no primeiro trimestre de 1991 e 31% inferior à do segundo trimestre de 1990. Ainda, no primeiro semestre de 1991, a quantidade do remédio recebida pelo mercado de Brasília foi praticamente 30% da solicitada.

A respeito do Vertix, anota-se brusca queda das vendas no segundo trimestre de 1991 (da ordem de 49% tanto em relação ao primeiro trimestre de 1991, quanto em relação ao segundo trimestre de 1990).

Sobre o Vertizine D, os números apresentam abissais quedas de venda e de produção do remédio. A empresa alega que não pôde produzi-lo nos níveis normais por falta de matéria prima, apresentando documentos em prol do alegado (fls. 708 e seg.). Ressalta que, em todo caso, o Vertizine D pode ser substituído pelo Vertix (fls. 792).

A se aceitar a escusa, permanece ainda a responsabilidade da empresa por ter subtraído à comercialização os outros dois remédios. A responsabilidade, na verdade, agrava-se tanto mais porque, se o Vertizine D não estava sendo comercializado por fatores alegadamente estranhos ao domínio de ação do laboratório, seria de se esperar um acréscimo na oferta do seu substituto, o Vertix, e nunca a sua substancial contração, como ocorreu.

A empresa assegurou-se a mais ampla defesa. Ela interveio no feito nos momentos adequados e apresentou argumentos diretamente voltados a responder às acusações de que foi objeto.

Busca o laboratório assinalar a desvalia formal do processo bem como a falta de mérito da representação. Pretende que não há prova da retenção dos medicamentos e que, na realidade, não teria havido desabastecimento quer nas farmácias de Brasília, quer nas de qualquer outra unidade da Federação (fls. 794).

A empresa, inicialmente, sugere que a defesa tenha sido dificultada pelo emprego de termos vagos.

A assertiva não procede. A defendente recebeu, ao se iniciar o processo, os documentos de fls. 119/130, que anunciam a instauração do processo, referindo-se aos fatos em tese capituláveis no art. 2º., III, "c", da Lei nº 4.137/62. No expediente, consta a representação do Presidente da República em exercício, que motivou a ação da Secretaria Nacional de Direito Econômico. Consta também circunstanciado trabalho complementar de técnicos deste Ministério, onde o problema do desabastecimento dos remédios na Capital Federal é registrado. Há, outrossim, a análise numérica das vendas e da produção dos medicamentos no período crítico em contraste com outros períodos de normalidade, a revelar o comportamento especulativo da empresa como causa do problema do desabastecimento.

A defendente cogita, também, de cerceamento de defesa, por não ter sido enviado ao laboratório cópia da lista de medicamentos em falta em Brasília, fornecida pela ABCFARMA. Novamente, a crítica não deve prosperar. O laboratório se defende dos fatos que lhe são atribuídos no expediente, que lhe é enviado logo quando da instauração do feito. Não há, entretanto, obrigação nenhuma de a Secretaria Nacional de Direito Econômico remeter-lhe, também, cópia de todos os elementos de convicção colhidos. Estes estiveram sempre no processo, que, sendo público, permaneceu à disposição do defendente para consultas e verificações. Com isso se cumpre a exigência de se permitir a ampla defesa no processo administrativo. Queda no domínio da discricionariedade do defendente, valer-se ou não das possibilidades de defesa e do contraditório, conforme a sua estratégia no processo recomende. Não é dado, por certo, entretanto, qualificar como

cerceamento de defesa a sua eventual opção por não buscar o acesso aos autos e aos elementos de convicção nele existentes.

Acrescente-se que o próprio teor da defesa demonstra que a ausência daquela cópia, agora reclamada, não prejudicou a defesa, que atacou justamente quanto o documento afirma acerca do desabastecimento dos remédios na praça de Brasília. Por isso, ainda que houvesse qualquer relevância no fato a que se refere a empresa - e, repita-se, relevância não há -, ainda assim não teria ocorrido prejuízo ao laboratório. Prevaleceria, então, a regra de que o útil pelo inútil não se vicia. A regra ostenta validade tanto mais indiscutível em processos administrativos, onde se busca a verdade material.

Em outra linha, a defesa argüi que não se pode comparar a produção e a venda dos produtos no ano de 1991 com outros anos, tal como ocorrido. Argumenta que a economia foi atípica e afirma:

"Os reflexos desta anomalia foram suportados pela indústria, que não pode se desenvolver de forma regular e normal, no transcurso de 1991, que em seus últimos meses se evidenciou por um quadro recessivo, em combate à famigerada inflação" (fls. 790).

O argumento não pode ser aceito. O elo lógico entre a situação econômica do país e a queda da produção e da comercialização de medicamentos, com o conseqüente desabastecimento, não está sequer referido pela empresa, nem muito menos provado. O raciocínio da firma sofre da dificuldade lógica de a sua conclusão não se conter na premissa, inutilizando-o.

Não bastasse isso, valeria observar que o quadro de crise econômica - em que o país se insere desde muito antes de 1991 - não tem impossibilitado que outros agentes econômicos se ajustem, com rigor, aos parâmetros da legislação vigente sobre a proteção da economia.

Por fim, vale assinalar a sucinta e incisiva resposta fornecida pela Dra. Márcia Suaiden Figueiroa à tese referente às dificuldades econômicas próprias dos últimos meses de 1991, conforme alegado pela empresa:

"Gostaríamos apenas de lembrar que nossa análise concentrou-se no primeiro semestre de 1991" (fls. 877).

A empresa se apegua, logo mais, à pesquisa realizada com duas distribuidoras de medicamentos, situadas fora de Brasília - Distribuidora Jamyr Vasconcelos e Drogaria e Farmácia Popular Ltda. -, quanto à relação

pedido-recebimento do remédio Epelin. De acordo com o quadro constante às fls. 560, o total de pedidos se igualou ao total dos medicamentos recebidos durante o período crítico. É quanto basta para que a empresa tenha como comprovado que não existe o desabastecimento de mercado quanto ao Epelin (fls. 796).

Sobre o remédio Vertix, porém, ouviram-se três distribuidores, inclusive a Drogaria e Farmácia Popular Ltda, que se manifestara quanto ao Epelin. Desta vez, o resultado da pesquisa não demonstrou "o atendimento se não total, porém parcial, durante os meses aludidos", conforme pretende ver a defendente. Na realidade, nota-se que, em junho de 1991, a Drogaria Farmácia Popular formulou pedido de 100 unidades do Vertix e nada recebeu. Da mesma forma, a Rey Drogas Comercial Ltda em maio pediu 2.160 unidades, recebendo 480, e, em junho solicitou 2.400 unidades sem nada receber.

Logo adiante, a defendente intenta desacreditar a fidedignidade dos informes prestados pelos intermediários. Fala que os distribuidores "açambarcam a maior parte do lucro na comercialização dos medicamentos, popularmente denominados atravessadores, [e] exigem, condição '*sine qua non*', um elevado desconto de preço para revenderem nossos produtos" (fls. 797). Na mesma página, continua:

"Após tais esclarecimentos, (...) comprovamos ao R. Diretor, que a finalidade desta prova, não passa de pressão material e moral dos atravessadores, com o fim suspeito e parcial, de obter vantagem econômica em detrimento alheio".

Conclui que, sem provas documentais que demonstrem terem sido, de fato, formulados pedidos dos medicamentos, a palavra dos distribuidores não merece fé.

A tese não deve sensibilizar este Conselho. A suspeição lançada sobre a credibilidade dos dados fornecidos pelas empresas que comercializam os remédios não pode ser graciosa; demanda elementos fáticos robustos que a abonem.

Os autos, todavia, não os estampam. O raciocínio da defendente, pois, carece de poder persuasivo.

Além disso, o argumento da suspeição dos distribuidores tem contra si a circunstância de a defendente apegar-se aos informes que eles prestam, quando auxiliam à sua posição (no caso do Epelin), para rejeitá-los, porém, quando não lhes são propícios (no caso do Vertix).

De outra parte, não são os distribuidores os acusadores neste processo. A acusação foi assumida pela Secretaria Nacional de Direito Econômico, a partir da representação do Presidente da República em exercício. Os elementos carreados aos autos pelos distribuidores e comerciantes são válidos, como qualquer testemunho, enquanto não desautorizados pela defendente. Não cabe exigir, como pressuposto de validade das informações que os distribuidores e farmacêuticos, que eles também apresentem toda a documentação que confirme quanto dizem. Se a defendente não concorda com os dados que eles apresentam cabe a ela demonstrar, com os meios ao seu alcance, o equívoco. O que não é curial é transferir o ônus próprio de quem recusa um testemunho para a própria testemunha.

Ademais, as informações prestadas pelas diversas firmas encarregadas de comercializar os produtos em apreço têm por si a coerência no apontar o problema do desabastecimento. O bom senso não sanciona a suposição de que tenha havido um pacto entre todas essas firmas independentes para, de modo deliberado, induzir a Secretaria Nacional de Direito Econômico em equívoco, com o exclusivo fito de prejudicar a defendente.

Por outro lado, os autos comprovam a escassez dos medicamentos Epelin e Vertix na praça de Brasília (fls. 563 e seg.). Inúmeras farmácias e drogarias da Capital confirmam a realidade do desabastecimento, que a ABCFARMA já havia anotado.

A defendente busca descaracterizar o problema e negar a veracidade dos informes prestados pelas farmácias e drogarias de Brasília, apresentando "várias laudas impressas por comutação, que comprovam pela relação das notas fiscais nelas descritas, as vendas de nossos medicamentos, para aproximadamente 200 farmácias de Brasília, no exercício de 1991" (fls.799).

Merecem ser reproduzidas as conclusões que a Secretaria Nacional de Direito Econômico, pela voz da Dra. Márcia Suaiden Figueiroa, colhe, a partir do exame dos dados apresentados pelo laboratório. Quanto ao Vertix, observa que houve "queda sensível no número de farmácias atendidas, principalmente no 2º trimestre do ano, com queda na quantidade fornecida, sendo que no mês de junho nenhuma unidade foi entregue" (fls. 881).

Quanto ao medicamento Epelin, na forma de suspensão oral observa que:

"nos meses de maio e junho, o número de farmácias atendidas é metade do número de farmácias atendidas no mês de abril, assim como a quantidade fornecida também cai em, aproximadamente, 50%" (id.).

Inegável, assim, ter ocorrido redução da comercialização dos produtos da defendente, em condições que geraram a sua escassez. Quanto aos medicamentos Epelin, sob a forma de suspensão oral, e Vertix, não há justificativa que exima de culpa o laboratório pelo comportamento assumido. Não é dado à empresa valer-se de manobras envolvendo a comercialização dos medicamentos para, por meio do pânico instituído no mercado, predispor o governo a uma atitude favorável à política de preços que lhe favoreça.

Cumpre deixar claro, outrossim, que o abuso de poder econômico pode também ocorrer com produtos que tenham o seu preço controlado pelo governo. O propósito de realizar manobras especulativas não se exclui simplesmente pela circunstância de a majoração de preços colimada depender do assentimento de órgãos governamentais. As empresas podem articular ações - valendo-se da sua singular posição no mercado e afetando a vida econômica do país -, tendentes a forçar a autorização do aumento de preços, que não se daria de outra forma. A reação à política de preços imposta pelo governo, se é perpetrada com abuso do poderio da empresa, capitula infração. Os autos ilustram tal possibilidade.

No caso sob exame, o propósito de auferir lucros abusivos com a medida assumida pelo laboratório resulta cristalino do conhecimento de princípios de economia. Não se entende racional uma estratégia da empresa de voluntariamente reduzir a produção ou a comercialização de seus bens - quando não ocorrem circunstâncias peculiares que o imponham -, a não ser como ardil direcionado à especulação. Na espécie, ao menos quanto ao Epelin e ao Vertix, a defendente não demonstra circunstância nenhuma que arrede a evidência do seu intento especulativo nos fatos descritos.

Por esses motivos, o parecer é pela procedência da representação, verificado o cometimento, pelo laboratório, de fato previsto na Lei nº 4.137/62, art. 2º, III, "c".

Não há indícios, nos autos, de que a prática do comportamento sob censura ainda tenha seguimento; por isso, a única sanção cabível é a multa do art. 43 da mesma lei de 1962. Sugiro que, na fixação da pena, seja considerada a potencialidade nociva do procedimento adotado pela empresa em matéria que diz com a saúde da população, bem assim como o fato de que o laboratório, chamado à Secretaria Nacional de Direito Econômico, se comprometeu a regularizar a comercialização do produto, não havendo o que faça crer que haja desonrado o compromisso.

Brasília, 26 de junho de 1992.

Paulo Gustavo Gonet Branco

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

I - A ORIGEM

O Exmo. Sr. Presidente da República, em exercício, Dr. Itamar Franco, em expediente datado de 17.07.91, dá conta de haver sido informado sobre o desabastecimento de medicamentos de uso contínuo e obrigatório, por parte de alguns laboratórios, com fulcro, conforme alega, de provocar a liberação geral de preços e solicita providências por parte do Ministério da Justiça.

A Representação em tela instou o Ministro da Justiça a determinar que medidas fossem tomadas pela Secretaria Nacional de Direito Econômico para apurar os fatos, com o intuito de normalizar o mercado em tão especial segmento.

Por despacho do Diretor do Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica, em 16.08.91, foi instaurado o presente Processo Administrativo, publicada sua notificação no D.O.U. em 19.08.91, páginas 16.824 e 16.825, tendo recebido o nº 12/91 (fls.115).

Na citada Notificação figura como Representada a empresa ACHÉ - Laboratórios Farmacêuticos S.A., onde é imputada à mesma, infração capitulável no art. 2º, inciso III, alínea c, da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, ou seja, retenção em condições de causar escassez de bens de produção ou de consumo.

II - DO CONTEÚDO DOS AUTOS

Em 22.07.91, a Secretaria Nacional de Direito Econômico reuniu-se com representantes da indústria e do comércio farmacêutico e entidades de classe, tendo se feito presente a empresa Representada. Foi admitida pelos participantes "a existência de problemas localizados, especialmente da produção de medicamentos de uso contínuo e obrigatório" (fls. 2/3).

Na oportunidade, o Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos de Brasília - ABCFARMA - forneceu relação de medicamentos em falta no mercado do Distrito Federal, onde produtos da Representada foram identificados (EPELIN, VERTIX E VERTIZINE D).

Manifestou-se o laboratório ACHÉ em 22.07.91, informando à SNDE que estava com seus produtos em disponibilidade e o abastecimento do mercado encontrava-se normalizado (fls.6).

Em 24/07/91 o DNPDE/SNDE enviou ofício CIRC. Nº 302/91, pelo qual solicitou informações discriminadas à Representada, tendo também expedido telex convocando-a para reunião que foi efetivada no dia 06/08 (fls.8-A e 10).

A Representada solicitou prorrogação do prazo de fornecimento de dados por mais 15 (quinze) dias, e, em 09/08/91 prestou informações sobre a comercialização dos referidos medicamentos (fls.18 a 37).

Em 24/07/91 o DNPDE solicitou à CEME dados e informações sobre o abastecimento de medicamentos de uso contínuo e obrigatório.

Em 18/08/91 a Representada informou à SNDE que um plano de normalização na distribuição e comercialização de diversos medicamentos já havia sido implementado, ressalvando que, no caso do medicamento VERTIZINE D, foram superados os problemas com importação de matéria prima (fls.102 e 103).

A Dra. Márcia Suaiden Figueiroa, Assessora do DNPDE, elaborou Nota Técnica analisando produção e comercialização dos medicamentos objeto do Processo Administrativo em pauta: EPELIN - Suspensão Oral, frasco com 120 ml, VERTIX - embalagem cx c/ bl de 50 e 10 mg e do VERTIZINE D - cx c/ 20 comprimidos, tendo constatado indícios de retenção dos produtos e desabastecimento do mercado (fls. 104 a 110).

A referida Nota Técnica foi em seguida encaminhada à Coordenação Jurídica do DNPDE, que se manifestou pelo enquadramento da Representada pela prática do ilícito, de acordo com o art. 2º, alínea "c", da Lei 4.137/62, tendo sugerido que, nos termos da Lei nº 8.158/91, fosse instaurado o competente Processo Administrativo, e que se noticiasse a mesma para, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentar defesa e requerer provas que pretenda produzir (fls. 111).

O Diretor do DNPDE despachou favoravelmente à abertura do Processo Administrativo, determinando a notificação da Representada e a publicação no DOU, que se deu em 19/08/91.

Através do OF/DNPDE/Nº 380/91, de 21 de agosto, a Representada foi comunicada da instauração do Processo Administrativo, bem como da capitulação do enquadramento, sendo anexadas cópias da Representação, da Nota Técnica e do despacho que determinou a instauração do processo em pauta (fls.119/131). Instada a pronunciar-se, em 04/09/91, ofereceu resposta ao solicitado pelos ofícios nº 380 e 395/91, tendo, na mesma data, produzido sua defesa prévia (fls. 152 e 156/162).

Informações complementares foram prestadas pela Representada sobre a produção e comercialização dos medicamentos em pauta, no mês de agosto, assim como prestou esclarecimentos sobre artigo veiculado no jornal "O Globo" e informou sobre o fornecimento dos medicamentos à várias farmácias e drogarias, anexando cópia de notas fiscais do distribuidor de seus produtos, "PRODOCTOR" - Produtos Farmacêuticos Ltda (fls.168/193).

Por sugestão do Dr. Cláudio João José, Coordenador do DNPDE, foi solicitado ao Diretor do Departamento a juntada de quadros compilados junto às empresas distribuidoras e farmácias, tendo o Diretor do DNPDE acolhido a sugestão.

O Sindicato do Comércio Atacadista de Drogas e Medicamentos do Estado de São Paulo ofereceu relação de produtos inexistentes nos estoques das empresas do setor, onde figuravam os produtos constantes nos autos (fls. 569-A e 576).

Pelo OF/CIRC/DNPDE/Nº 492/91, datado de 26/09/91, foi solicitado à Representada o preenchimento de quadro em que são especificadas informações dos 10 (dez) principais distribuidores, sobre pedidos efetuados no período abril/setembro/91 e as quantidades fornecidas pela mesma.

Em atendimento ao referido ofício, a Representada informou sobre a remessa de dados dos 10 maiores distribuidores, sua área de atuação, os pedidos solicitados pelos distribuidores e quantidades fornecidas por ela, dos precitados produtos no período compreendido entre abril/setembro de 1991. Na oportunidade, ressaltou o não fornecimento de VERTIZINE "D", nos meses de Abril e Maio, deveu-se ao fato de ter-se esgotado seu estoque no mês de março e da impossibilidade de produzi-lo, visto tratar-se de medicamento composto de insumo importado, tendo inclusive, anexado cópias de guias de Declaração de Importação (fls.708 a 716). Informou, ainda, que o produto em falta é substituto (e vice-versa) do VERTIX, dando a entender que o mercado encontrava-se abastecido.

A Representada tomou a iniciativa de encaminhar à SNDE relação de diversos produtos de sua linha de fabricação, contendo informações sobre o saldo inicial, produção, vendas e saldo final, relativos ao período 1986/91, contemplando, também, os medicamentos objeto do presente Auto (fls.583/705).

Em 10.01.92 o DNPDE/SNDE solicitou à SNE/MEFP parecer técnico sobre o Processo Administrativo nº 12/91, tendo a Secretaria Nacional de Economia se manifestado em 28.02.92 (fls.743 a 762).

Com base nas informações coligidas, o DNPDE elaborou Nota com referência à Representação, analisando o comportamento de produção, vendas

e estoques dos referidos medicamentos, tendo o Diretor do DNPDE, através do OF/Nº 260/92 notificado-a a apresentar, com base em relatório anexo, a sua defesa final (fls.782).

Em 22.04.92 procedeu-se à juntada nos Autos da defesa final da Representada.

A Dra. Márcia Suaiden Figueiroa elaborou Relatório Final e apresentou-o ao Diretor do DNPDE, onde entendeu como procedente e a Representação e propôs o enquadramento da Representada no Art. 2º, inciso III, alínea "c" da Lei 4.137/62, sugerindo o encaminhamento do Processo Administrativo à área jurídica do DNPDE e, posteriormente, ao CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, para as medidas de sua competência.

Em seguida, o Diretor do DNPDE encaminhou o Processo Administrativo nº 12/91 ao Senhor Secretário da SNDE, que, por sua vez, despachou favoravelmente pela procedência da representação, ressalvando, entretanto, a necessidade de averiguar a cessação da conduta tipificada, no que foi atendido em 26.05.92 (fls.886).

A publicação no D.O.U. do despacho de encaminhamento do Processo Administrativo nº 12/91 ao CADE, foi levada a termo em 28/05/91, tendo em seguida, sido expedida Certidão de Encerramento do prazo previsto no Art. 21 da Lei nº 8.158/91.

Em 11/05/92, o Secretário Nacional da SNDE formalizou o encaminhamento, ao Sr. Presidente do CADE, do Processo Administrativo nº12/91 (fls.891), tendo sido efetuada a sua distribuição ao Conselheiro Relator na mesma data.

Sobre a matéria, manifestou-se o Procurador do CADE, através de Parecer, tendo o mesmo concluído pela procedência da Representação, verificado o cometimento pela Representada de conduta caracterizada no Artigo 2º, inciso III, alínea "c", da Lei nº 4137/62 (fls.893/906).

Assim, relato.

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

EMENTA *Processo Administrativo nº 12/91 - Representação do Presidente da República em Exercício ao Ministério da Justiça - Representada - Aché - Laboratórios Farmacêuticos S/A - Retenção de estoque de medicamentos de uso contínuo e obrigatório, remete à alínea "c", inciso III, Art.2º da Lei 4.137/62 - Competência do Representante e do SNDE-MJ - legalidade da Representação - Cerceamento do direito de defesa e do contraditório -*

Representação procedente - Aplicação da Lei 4.137/62, Art. 43, multa no valor de Cr\$ 260.000.000,00 (duzentos e sessenta milhões de cruzeiros).

I - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O mercado brasileiro de medicamentos desponta como o 7º do Ocidente e o 1º da América Latina, tendo apresentado, em 1991, um faturamento de cerca de US\$ 2,5 bilhões; comercializado 1,6 bilhão de unidades; possui 450 laboratórios, que produzem 5.200 medicamentos em 8.900 apresentações; dispõe de 1.000 distribuidores, 45.000 farmácias e cerca de 150.000 médicos ativos.

A Representada, - ACHÉ LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS S/A -, encontra-se entre os cinco maiores laboratórios do País, tanto na participação de vendas do setor, quanto no volume de unidades comercializadas, tendo, em 1989, apresentado uma receita operacional correspondente a US\$ 85 milhões que representa um crescimento real de 39,2% em relação ao ano anterior, e um lucro líquido negativo de US\$ 556.000 (Revista Exame: Melhores e Maiores - 1990). Nos últimos anos, o Grupo ACHÉ passou a exercer o controle dos laboratórios SCHERING (7º lugar em faturamento) e PRODOME (14º lugar em faturamento), assumindo, assim, uma posição de liderança do setor (Perfil do Mercado Farmacêutico Brasileiro - jan/92 IMS-Flash).

A título ilustrativo, cumpre salientar que os preços médios reais (em US\$) dos medicamentos produzidos pelos referidos laboratórios, no período compreendido entre 1988 a 1991, apresentaram o seguinte comportamento:

EVOLUÇÃO NO PREÇO MÉDIO DOS MEDICAMENTOS

	1988 1991		
LABORATÓRIO	US\$	US\$	% DE AUMENTO REAL
ACHÉ	0,99	1,58	59,00
PRODOME	1,55	1,99	28,00
SCHERING	1,15	2,31	100,00

Fonte: IMS/Flash janeiro/92.

Tal comportamento demonstra que, nos últimos quatro anos - 1988/91 -, houve aumento real nos preços médios dos medicamentos produzidos e comercializados pelas empresa do Grupo ACHÉ.

Quanto à estrutura de mercado, a indústria farmacêutica é caracterizada pelos estudiosos como pertencente a concorrência imperfeita, denominada "oligopólio diferenciado". Nessa tipologia de estrutura industrial existe reduzido número de vendedores e os produtos fabricados não são idênticos, e, sim, diferenciados, apresentando-se apenas como sucedâneos (Teoria Econômica - A.W.Stone e D.C.Hague fls.225 e seguintes).

No oligopólio diferenciado a natureza dos produtos fabricados faculta às empresas disputarem o mercado mediante a diferenciação dos produtos, como forma predominante. A concorrência de preços não é uma prática utilizada com habitualidade, visto que poderia levar a uma "guerra de preços" que colocaria em risco a estabilidade do mercado.

Por outro lado, sabe-se que as técnicas de marketing utilizadas para os chamados medicamentos "controlados ou éticos" e os denominados "populares" são bastante distintas. Ao contrário dos "medicamentos populares", os "medicamentos controlados", responsáveis pela maior parcela do faturamento da indústria, somente podem ser vendidos mediante receita médica e têm, portanto, impedida a veiculação de propaganda em meios de comunicação de massa. Em consequência, o marketing promovido pelos laboratórios é orientado diretamente para a classe médica, tornando-se extremamente especializado e elemento essencial na disputa de mercado.

Assim, conforme observa David Kupler, "as técnicas de marketing correntemente utilizadas (para comercialização dos medicamentos éticos) incluem visitação por propagandistas, mala direta, anúncio em revistas especializadas e distribuição de amostra grátis. Os laboratórios lançam mão ainda de técnicas menos explícitas, como financiamento de congressos, conexão com médicos líderes, apoio a sociedades científicas e associações profissionais, entre outras, "(em "O Setor de Medicamentos no Brasil: Aspectos da Estrutura Industrial", Instituto de Economia Industrial/UFRJ - março 1985).

Desta forma, o esforço competitivo dos laboratórios se concentra, principalmente, na publicidade, promoção de vendas e modificações/inovações no produto.

Por se tratar de produtos diferenciados, há um grande esforço dos fabricantes em estabelecer, através da propaganda, escalas de diferenciação ligadas a hábitos e marcas, fazendo com que os "consumidores" prefiram mais firmemente um a outro produto, configurando-se, desta forma, à fidelidade a marca ou ao próprio produto.

Entretanto, não é a existência desta diferenciação ao nível de "consumidor/paciente" que determina a escolha do medicamento exato, particularmente quando se trata de moléstia grave que requer acompanhamento médico, e, sim, da capacidade do "consumidor/médico" de ser sensibilizado e envolvido pela publicidade e propaganda.

Assim, com a relação aos "medicamentos controlados", diversos fatores são considerados relevantes na escolha do produto: a forma como é consumido, a sua eficácia; os efeitos colaterais; a disponibilidade do produto no mercado; a eficiência em relação a outros sintomas ou doenças; a confiança na marca; a difusão do consumo; e o preço, dentre outros.

No caso em questão, há de se presumir que exista uma forte identificação da classe médica com os produtos EPELIN, VERTIX e VERTIZINE D, notadamente quando se sabe que são medicamentos tradicionais e utilizados para o tratamento de moléstias graves que requerem o seu uso contínuo e controlado por longos períodos.

Quanto à competição no setor farmacêutico, é importante observar que o grau de concentração industrial é bastante elevado e a concorrência se dá dentro das diferentes classes terapêuticas, que representam distintos mercados, classificados segundo a ação terapêutica de cada produto. Assim, as empresas concorrem dentro dessas classes e, não, entre elas, conforme observa Evani Sampaio Barreto, do DAP/MEFP, em "Controle de Preços para a Indústria Farmacêutica - maio/90".

De outra parte, como bem analisa David Kupler, "a inovação e/ou diferenciação de produtos permite as indústrias inovadoras, de certa forma, manipular a demanda. Esta é induzida pela contínua renovação qualitativa na oferta, por elas mesmo provocada, até o ponto no qual novas categorias (classes) terapêuticas substituem as anteriormente existentes como por exemplo, vitaminas substituindo fortificantes, antidistônicos sucedendo tranqüilizantes que, por sua vez, haviam deslocado os soníferos, etc.

Como as reais novidades de mercado são as categorias terapêuticas, a substituíbilidade entre os produtos pode ser aplicada, passando as indústrias inovadoras a criar mercados próprios e controlá-los. Tal fato reflete-se diretamente na alta lucratividade alcançada pelos laboratórios inovadores e, inversamente, na fragilidade apresentada pelas indústrias não inovadoras. Essa ocorrência caracterizaria, assim, um oligopólio diferenciado bastante assimétrico apresentando, de um lado, um reduzido número de grandes laboratórios extremamente lucrativos e, de outro, uma grande quantidade de pequenos laboratórios confinados em áreas específicas do mercado e de tornarem a indústria mais competitiva.

Em síntese é lícito afirmar que, na estrutura oligopolizada, determinadas empresas de bens indispensáveis ao consumidor podem se colocar numa posição privilegiada e dominante de mercado, passando a adotar condutas injustas ou desrazoáveis com relação aquele segmento do mercado dependente do suprimento de seus produtos, como bem observou o Eminentíssimo Procurador deste Conselho, em recente manifestação, quando se pronunciou no Processo Administrativo nº 19/91, referente ao Laboratório KNOLL.

II - DO AMPLO DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

A Representada cogita de que houve cerceamento da defesa, bem como, de que a mesma tenha sido dificultada pelo emprego de termos vagos.

Não subsiste a alegação, pois conforme fls. 119/130 a Representada recebeu, ao se iniciar o feito, todos os documentos que davam conta da instauração do mesmo, e, em tese, capituláveis no Art. 2º, inciso III, alínea "c", da Lei 4.137/62. Para maior clareza e para que não parem dúvidas, abaixo estão relacionados os documentos remetidos ao Laboratório ACHÉ:

- a) Representação do Senhor Presidente da República em exercício, onde recomenda o Ministério da Justiça a agir;
- b) trabalho complementar dos Técnicos do DNPDE onde é registrado o real motivo que suscitou o presente processo;
- c) quadros comparativos e análise numérica de venda e produção dos medicamentos entre os períodos de normalidade e crítico, caracterizando o problema do desabastecimento.

Alega ainda a Representada, como cerceamento da defesa, o fato de não haver recebido cópia de uma lista de medicamentos enviada pela ABCFARMA ao DNPDE.

Não prospera tal alegação, vez que a citada lista encontra-se no processo às fls. 04, aliado ao fato de ser facultado ao agente ter vistas ao processo, o que nunca foi solicitado pela Representada.

Portanto, não cabe e nem existe obrigação nenhuma de a SNDE remeter cópia de todos os dados de convicção colhidos, pois permanecem no processo, estando à disposição da Representada para consultas e verificações. Usar, valer-se ou não deles, é tática extremamente subjetiva; que a parte faça a opção em conhecê-los ou ignorá-los é comportamento singular e personalíssimo.

Alegar desconhecer tal documento é, no mínimo, suspeito, pois a Representada o usou justamente quando atacou o desabastecimento na praça de Brasília.

Ressalte-se que a Representada apresentou defesa prévia e defesa final, bem como se manifestou no feito por diversas vezes (fls.156/162 e 785/801).

Com clareza e objetividade em seu Parecer, o ilustre Procurador do CADE, Paulo Gustavo Gonet Branco, salientou: "Prevaleceria, então, a regra de que o útil pelo inútil não se vicia. A regra ostenta validade tanto mais indiscutível em processos administrativos, onde se busca a verdade material"(g.n.).

Nos Autos a Representada manifestou-se várias vezes, prestando o u solicitando informações e elementos, inclusive pedindo prorrogação de prazo.

Como se pode constatar, à Representada foi sempre assegurada a ampla defesa e o contraditório, cumprindo-se, portanto, o disposto no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal.

Não prospera, portanto, a tese de cerceamento de defesa.

III - DO MÉRITO

Relativamente ao mérito, a Representada é acusada de promover a retenção dos medicamentos: EPELIN - anticonvulsivo (suspensão oral, frasco com 120 ml); VERTIX - vasoterapia cerebral (10 mg/comprimidos); e VERTIZINE D - vasoterapia cerebral na apresentação de caixa com 20 comprimidos.

A caracterização em tela é perfeitamente notada por fatos extremamente corriqueiros e de constatação até primária:

- 1 - a falta dos produtos EPELIN, VERTIX e VERTIZINE D no mercado;
- 2 - relação fornecida pela ABCFARMA comprovando a inexistência dos medicamentos em tela; e
- 3 - elementos fornecidos pela Representada e por distribuidores e farmácias, que indicam queda brusca no suprimento do produto, no 2º trimestre de 1991, onde se ressalta o desabastecimento nesta Capital Federal.

Admite, ainda, a Representada que participou de reunião na SNDE com representantes do setor, tendo endossado "memória de reunião" em que

fica evidenciada, "a existência de problemas localizados, especialmente de produção dos medicamentos de uso contínuo e obrigatório" (fls.2).

O parecer do DNPDE foi fundamentado no fato de as informações coletadas, inclusive as originárias da própria Representada, dos distribuidores e dos varejistas, demonstrarem queda na comercialização dos referidos medicamentos, notadamente no mercado do Distrito Federal, com ênfase no 2º trimestre de 1991.

Analizando-se os demonstrativos de PRODUÇÃO, VENDAS E ESTOQUES dos precitados produtos, constata-se:

Medicamento: EPELIN (suspensão oral frasco com 120 ml)

O volume de PRODUÇÃO, no 2º trimestre/91, de 24.031 unidades, apresentou uma queda de 26,9% em relação ao 1º trimestre/91 (32.586 unidades), sendo que não houve produção nos meses de ABRIL e MAIO (fls.641).

As VENDAS efetuadas, no 2º trimestre/91, 26.607 unidades, apresentaram uma redução brusca de 41,5%, se comparadas com aquelas verificadas no 1º trimestre deste mesmo ano (45.470 unidades).

O ESTOQUE, por sua vez, manteve-se elevado, 48,414 unidades no início de ABRIL, e 46.663 unidades no final de JUNHO.

Ressalte-se que este ESTOQUE de Junho representa praticamente cinco vezes a média mensal que foi colocada no mercado pela Representada no 2º trimestre de 1991.

Tal procedimento demonstra a retenção do produto, visto que, embora a demanda estivesse insatisfeita, o Laboratório ACHÉ dispunha do medicamento armazenado e não o colocou no mercado.

A esse respeito, é oportuno salientar que naqueles meses em que a Representada comercializou maior volume de produto, como por exemplo, ABRIL/90 (23.245 unidades), JANEIRO/91 (25.803 unidades) estes foram totalmente absorvidos. Tais ocorrências demonstram, de um lado, efetiva capacidade de produção do Laboratório e, de outro, que o mercado apresentava-se francamente insatisfeito e, portanto, comprador.

A Representada, em sua defesa final, argumenta que, em termos médios, produção e vendas do 1º semestre de 1991 (grifo nosso) foram superiores aos níveis verificados em iguais períodos de anos anteriores e que o estoque, no final de junho/91, é inferior ao do início do ano (fls.793).

Cumprido observar que o desabastecimento do medicamento agravou-se ao longo do 2º trimestre (grifo nosso) e, em particular, nos meses de MAIO e JUNHO. Qualquer análise que adote o semestre como parâmetro conduzirá a um viés de interpretação, até porque o volume comercializado somente no

mês de Janeiro de 1991 (25.803 unidades), foi praticamente igual àquele vendido no 2º trimestre (26.607 unidades).

Esta assertiva pode ser corroborada pelas constatações efetuada pela Dra. Márcia Suaiden do DNPDE que, ao examinar os pedidos efetuados pelas farmácias ao Laboratório Aché, no 2º trimestre de 1991, por farmácias, observou: "nos meses de maio e junho o número de farmácias atendidas é a metade do número de farmácias atendidas no mês de Abril, assim como a quantidade fornecida também cai, em aproximadamente 50%".

Com relação a resposta de quais eram seus maiores distribuidores, a Representada remeteu uma lista onde entre os 10 (dez) principais figuram 9 (nove) distribuidores da empresa "PRODOCTOR - Produtos Farmacêuticos Ltda", onde todas as quantidades de medicamentos por ela solicitadas foram cumpridas fielmente. A propósito, vale ressaltar para melhor juízo, que no rodapé das folhas de resposta do Grupo PRODOCTOR existe a seguinte inscrição: EMPRESA DO GRUPO ACHÉ. A distribuidora alçada em 10º lugar é a DROGASIL S/A - uma empresa que não pertence ao Grupo da Representada.

Vale destacar que para os distribuidores PRODOCTOR foram solicitados e entregues 33.140 unidades, enquanto que, para o distribuidor "FORA DA CASA", apenas 180 unidades.

Assim, analisados os dados de PRODUÇÃO, VENDAS, ESTOQUES e as informações relativas a pedidos/atendimentos efetuados pelas farmácias e distribuidores, constata-se que existem elementos de convicção suficientes para se afirmar que, no 2º trimestre de 1991, o Laboratório ACHÉ promoveu a retenção do medicamento EPELIN suspensão, causando o desabastecimento do mercado e potenciais danos àquelas pessoas que dele se utilizavam.

Medicamento: VERTIX (10 mg, comprimidos).

A PRODUÇÃO do 2º trimestre de 1991 (228.028 unidades) apresentou queda brusca de 46,4% em relação ao 1º trimestre de 1991, quando foram produzidas 419.005 unidades (fls.704).

As VENDAS, no 2º trimestre, reduziram-se bruscamente, apresentando-se 49% inferiores ao verificado no 1º trimestre de 1991, 437.699 unidades (fls.704).

Releva salientar que no 2º trimestre de 1991, tanto o volume de PRODUÇÃO, quanto o nível de VENDAS foram os MENORES ocorridos nos últimos cinco anos (fls.872).

Quanto ao ESTOQUE, este foi parcialmente colocado no mercado nos meses de março, maio e junho, chegando ao término do 2º trimestre com um volume armazenado da ordem de 22.233 unidades.

É digno de registro que os pedidos formulados por distribuidores (fls.776), e, principalmente, pelas farmácias de Brasília (fls.776) foram parcialmente atendidos pela Representada, chegando a ocorrer, nesta última situação, que, de uma demanda de 15 farmácias, totalizando 1.248 unidades pedidas, foram fornecidas apenas 420 unidades, ou seja, 33,6% do solicitado, promovendo, com evidência, um desabastecimento regionalizado.

A Representada, por sua vez, argumentou que os distribuidores PRODOCTOR'S - pertencentes ao GRUPO ACHÉ - sempre receberam as quantidades demandadas. Na realidade, para tal medicamento somente os distribuidores PRODOCTOR tiveram acesso a 181.490 unidades, sendo que dos "FORA DA CASA", nenhum deles recebeu os produtos.

Essa argumentação da Representada perde sua consistência, visto que, com as expressivas quedas de PRODUÇÃO e VENDAS, o que estava ocorrendo era o direcionamento das vendas para a estrutura de distribuição do próprio Grupo, privilegiando-a, em detrimento dos demais agentes econômicos (atacadistas e varejistas) que participavam do processo de comercialização.

Em síntese, a exemplo do ocorrido com o medicamento EPELIN, fica claramente evidenciado que, no 2º trimestre de 1991, a Representada deliberadamente utilizou-se de atos artificiosos para reduzir tanto a PRODUÇÃO como as VENDAS do VERTIX, adotando um comportamento de caráter nitidamente especulativo em um mercado cuja demanda mantinha-se estável.

Medicamento: VERTIZINE D (caixa com 20 comprimidos).

O nível de PRODUÇÃO do 2º trimestre/91 foi o mais baixo dos últimos cinco anos, (47.392 unidades), sendo 61% inferior ao verificado no 1º trimestre de 1991, (121.192 unidades).

Por sua vez, as VENDAS, no 2º trimestre de 1991, 47.381 unidades, reduziram-se bruscamente, apresentando-se 64% abaixo daquelas verificadas no 1º trimestre deste ano (132.971 unidades).

Ressalte-se que os volumes de PRODUÇÃO e VENDAS do medicamento VERTIZINE D, no 2º trimestre de 1991, foram os menores verificados nos últimos cinco anos.

Em relação a este medicamento, a Representada alegou que, por tratar-se de produto composto de insumo importado, não houve condições de produzi-lo nos meses de Abril e Maio, em decorrência da falta de matéria prima no País, tendo o primeiro lote das importações sido desembaraçado no final de Maio.

Quanto a esta afirmativa, cabe observar que uma análise atenta dos dados permite constatar (fls.86) que, desde 1990, o mercado desse

medicamento apresentava-se insatisfeito e que o Laboratório ACHÉ havia adotado um planejamento de produção e vendas, de maneira a "disciplinar esse mercado".

Assim, em determinados meses, comercializava volumes expressivos do medicamento, como por exemplo em Fevereiro/90 (45.069 unidades), Agosto/90 (97.823 unidades), Setembro/90 (61.757 unidades), Dezembro/90 (42.691 unidades) e Janeiro/91 (61.296 unidades). Em outros meses, reduzia drasticamente suas vendas, conforme se verifica nos meses de Março/90 (20.832 unidades), Julho/90 (13.783 unidades) e Novembro/90 (114 unidades).

Portanto, é inadmissível que uma indústria do porte, estrutura e tradição do Laboratório ACHÉ promova, tanto essas flutuações artificiais do mercado, quanto não tenha se precavido no sentido de planejar, com a devida antecedência, a importação dos insumos necessários à manutenção e regularidade de produção e formação de estoques visando suprir a demanda.

A Representada argumentou, também, que o VERTIZINE D pode ser substituído pelo VERTIX (vice-versa), um vez que ambos têm indicação semelhante.

Sobre essas considerações, manifestou-se com a habitual propriedade o Procurador deste Conselho, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, enfatizando que: "A se aceitar a escusa, permanece ainda a responsabilidade da empresa por ter subtraído à comercialização os outros dois remédios. A responsabilidade, na verdade, agrava-se tanto mais porque, se o Vertizine D não estava sendo comercializado por fatores alegadamente estranhos ao domínio de ação do laboratório, seria de se esperar um acréscimo na oferta do seu substituto, o Vertix, e nunca a sua substancial contração, como ocorreu".

Na verdade, os autos comprovam a escassez dos medicamentos EPELIN, VERTIX e VERTIZINE D na praça de Brasília (fls.563 e seg.), visto que inúmeras farmácias e drogarias da Capital reafirmaram a ocorrência do desabastecimento, que a ABCFARMA já havia identificado.

O procedimento adotado pelo Laboratório ACHÉ deve ser repudiado por este Conselho e pela coletividade, e demonstra, não só o descompromisso da empresa com os consumidores de seus produtos, mas, principalmente, a falta de uma postura ética.

A linha básica de argumentação da Representada fundamentou-se em algumas assertivas facilmente rejeitáveis:

a) não procede a argumentação do por quê "reter certos medicamentos, em detrimento de outros, quando o sustentáculo da sua estabilidade econômica são as vendas?" Na realidade, em um mercado oligopolista diferenciado, cada produto (apresentação) possui características

próprias e particulares, notadamente no que respeita à sua participação relativa no mercado frente aos sucedâneos e a sua consolidação/aceitação neste mercado. Por outro lado, como bem observou o Eminentíssimo Procurador deste Conselho, em recente manifestação no Processo Administrativo nº 19, "o motivo porque alguns e não todos os produtos foram eleitos para reduzir a produção e vendas não tem mais relevância, diante da comprovação estatística do fato caracterizados do abuso".

Aliás, a própria Representada ao abordar a questão (fls.800) deixa evidenciado que "não existe uma explicação plausível e lógica, a alternativa de produção, a que obrigam as indústrias em certas ocasiões a regular estoques deste ou daquele produto". (grifo nosso)

É de notar, por oportuno, que o desabastecimento de medicamentos controlados e de uso contínuo ocorreu com relação a produtos de vários laboratórios - segundo se percebe do memorando que abre este processo e dos dados fornecidos pelo comércio varejista -, numa época em que esses mesmos laboratórios se batiam por um controle de preços menos rígidos por parte do governo.

A contração da oferta desses medicamentos essenciais a pessoas portadoras de patologias sérias, decerto que predisporia o governo ao aumento dos preços desses bens.

É significativo, afinal, que pouco depois da crise de abastecimento, houve autorização para se proceder ao aumento dos preços dos remédios, conforme noticiário da imprensa (fls.138).

Desta forma, entende-se que os controles da PRODUÇÃO, VENDA e ESTOQUES dos medicamentos, em uma conjuntura considerada pela Empresa como desfavorável, foi uma estratégia adotada estritamente sob a ótica comercial de maximização dos lucros.

É importante reconhecer que o lucro é lícito, sendo inerente à atividade empresarial, assim como o risco. De outra parte, não se pode também deixar de reconhecer que uma empresa que produz medicamentos essenciais deve ter um forte compromisso com os consumidores de seus produtos e uma conduta ética a ser preservada;

b) também insubsistente é a crítica efetuada pela Representada quanto a metodologia estatística empregada pelo DNPDE em sua análise, que por "ser díspar ou desigual em princípios, não teria o alcance de refletir em termos fiéis, a complexa comercialização da elevada gama de medicamentos, numa época conturbada no campo sócio-econômico, por planos econômicos, congelamentos, controle e liberação de preços".

Na realidade, o instrumental analítico utilizado pelo DNPDE para levantamento de dados e sua interpretação foi adequado visando apurar a

prática do ilícito e a produzir elementos de prova. Em nenhum momento procurou-se cotejar a conjuntura econômica do País e seus reflexos na produção ou comercialização da Representada, visto que tal questão não era objeto de averiguação.

De outra parte, cumpre ressaltar que nenhuma empresa que atua na área de fabrico de medicamentos é obrigada a produzir remédios a preços conjunturalmente desfavoráveis.

Caso tal ocorrência venha a se verificar, a providência legal é comunicar ao Ministério da Saúde, com 180 dias de antecedência, a sua determinação em cessar a produção (Decreto nº 79.094/74).

c) a Representada argumenta, também que 1991 foi um ano atípico em que a mesma não pode se desenvolver de forma regular e normal, não cabendo comparar os dados de produção e vendas, com os de outros anos, até porque nos últimos meses de 1991 (g.n.) se evidenciou um quadro recessivo, em combate a inflação (fls.790).

A esse respeito, manifestou-se o ilustre Procurador do CADE:

"O argumento não pode ser aceito. O elo lógico entre a situação econômica do País e a queda da produção e da comercialização de medicamentos, com o conseqüente desabastecimento, não está sequer referido pela empresa, nem muito menos provado. O raciocínio da firma sofre da dificuldade lógica de a sua conclusão não se conter na premissa, inutilizando-o.

Não bastasse isso, valeria observar que o quadro de crise econômica - em que o país se insere desde muito antes de 1991 - não tem impossibilitado que outros agentes econômicos se ajustem, com rigor, aos parâmetros da legislação vigente sobre a proteção da economia."

De igual modo, cabe registrar a objetiva observação feita pela Dra. Márcia Suaiden Figueiroa quanto às dificuldades econômicas próprias dos últimos meses de 1991, conforme alegado pela empresa:

"Gostaríamos apenas de lembrar que nossa análise concentrou-se no primeiro semestre de 1991" (fls.877).

Não pairam dúvidas de que o desabastecimento do mercado dos medicamentos EPELIN, VERTIX e VERTIZINE D foi uma decisão deliberada, de duvidosa inspiração ética, em que faltaram ao Laboratório ACHÉ a indispensável responsabilidade social e o compromisso para com os consumidores de seus produtos.

Tal comportamento pode ser caracterizado como nitidamente especulatório, eis que visou a sensibilizar o Governo através do desabastecimento do mercado, a conceder a majoração dos preços desejados.

Na verdade, deixar de abastecer o mercado de bens essenciais à população, como o são os remédios de uso contínuo e obrigatório, através da retenção indevida do produto é uma prática ilícita, caracterizada como abuso do poder econômico, tipificada no artigo 2º, III, "c" da Lei 4.137/62, verbis:

"Art. 2º Consideram-se formas de abuso do poder econômico:

I

II

III - Provocar condições monopolísticas ou exercer especulações abusivas com o fim de promover a elevação temporária de preços por meio de:

a

b

c) retenção, em condições de provocar escassez de bens de produção ou de consumo".

Destaque-se que, nos termos do art. 23 da Lei nº 8.158, de 08 de Janeiro de 1991, foram mantidas as normas definidoras de ilícitos e sanções constantes da Lei nº 4.137 de 10 de setembro de 1962.

Por assim entender e acolhendo em todos os seus termos o parecer do ilustre Procurador deste Conselho, o meu VOTO é pela procedência da Representação, uma vez que ficou comprovada nestes autos a prática delituosa acima mencionada.

A multa é fixada com base na gravidade do fato abusivo, que, conforme visto, interfere diretamente com a saúde da população, aspecto que merece máximo cuidado pelas empresas que se dedicam às atividades produtivas e comerciais que o envolvam. As restrições geradas pela Representada causaram notoriamente ansiedade nos consumidores ao provocar o desabastecimento do mercado. Os consumidores se viram privados da possibilidade de continuar adquirir os medicamentos de uso contínuo e obrigatório de que necessitavam durante o período crítico considerado.

O valor da multa, que fixo em Cr\$ 260.000.000,00 (duzentos e sessenta milhões de cruzeiros), portanto, tem em mira expressa a repulsa pelo abuso do poder econômico praticado pela empresa ACHÉ Laboratórios Farmacêuticos S.A, de intensa gravidade, até mesmo pelo bem que afeta.

Na sua fixação, considerou-se, também, a circunstância da transitoriedade do problema, regularizado no 2º semestre de 1991.

O valor da multa deverá ser recolhido pela Representada no prazo de 03 (três) dias, a partir da data da publicação desta decisão no Diário Oficial da União.

Observe, por fim, que o montante da multa se acomoda dentro dos limites mínimo e máximo previstos na Legislação em vigor (Lei nº 4.137/62, art. 43, e Leis nºs 8.035/90, Art. 4º e 8.218/91, Art. 10).

Assim, V O T O

Marcelo Monteiro Soares

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

Nas considerações preliminares destaca o Ilustre Relator da matéria a estrutura oligopolizada do setor, ocupando os grandes Laboratórios uma posição privilegiada e dominante de mercado.

Essa posição permite, como no caso analisado, muito bem destacado pelo Ilustre Conselheiro Relator, condutas injustas ou desarrazoáveis em relação aos consumidores, dependentes de seus produtos.

A análise da produção/vendas e estoques demonstram que houve retenção por parte do Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A. dos medicamentos EPELIN - suspensão, VERTIX - 10 mg compr. e VERTIZINE D - cx. c/ 20 compr., no 1º semestre de 1991.

Desta forma, acompanho integralmente o VOTO do Conselheiro Relator, pela procedência da Representação e aplicação da multa estipulada à Representada.

Em 15 de julho de 1992.

José Matias Pereira

VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

A prova colhida, destes autos, é convincente no sentido de que a empresa Representada, através de práticas abusivas, provocou o desabastecimento, no mercado, de medicamentos de uso contínuo e necessário, mais especificamente, no 2º trimestre de 1991.

Tal prática ilícita, capitulada no art. 2º, inciso III, alínea "c", da Lei nº 4.137/62, de 10 de setembro de 1962, como forma de abuso do poder