

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 13

REPRESENTANTE: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REPRESENTADA: PRODOME Química e Farmacêutica Ltda

DECISÃO

Julgou-se procedente a representação por unanimidade, condenando-se a Representada ao pagamento de multa no valor de Cr\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de cruzeiros), no prazo de dez dias, pela prática de infração prevista no art. 2§, item III, letra "c" da Lei nº 4.137/62

Plenário do CADE, 29 de outubro de 1992

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro Relator

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui Presente:

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO - Procurador

PARECER DO PROCURADOR

EMENTA: Retenção de medicamento de uso contínuo e obrigatório. Alegado equívoco na fixação do preço do remédio pelo governo não justifica a subtração do produto em condições de gerar a sua escassez. A escusa da força maior para justificar a paralisação da produção e venda somente é de ter o seu mérito discutido se devidamente comprovada.

No curso de investigações iniciadas a partir de memorando do Vice-Presidente da República, dando conta de desabastecimento de remédios, a Secretaria Nacional de Direito Económico instaurou este processo administrativo contra o laboratório Prodome.

O laboratório recebeu expediente narrando os fatos, objeto da acusação. Ali se noticiou o desabastecimento dos remédios Sinemet - 25/250 mg, Aldomet - 500 mg e Moduretic - 500 mg. Informou-se que a conduta estaria capitulada no art. 2º, III, "c" da Lei nº 4.137/62 (fls. 161/170).

Quanto ao Sinemet, a Secretaria Nacional de Direito Económico aponta, com base em dados fornecidos pela própria empresa, que, no primeiro semestre de 1991, houve queda de vendas de 55% e de produção de 45%, com relação a igual período do ano anterior.

Isso não obstante, o laboratório manteria um estoque do medicamento da ordem de 91.684 unidades em junho de 1991 - correspondente a 3 meses de vendas.

A propósito do Aldomet - 500 mg, a SNDE observa que houve paralização completa de produção nos meses de fevereiro e de maio de 1991, bem como sustação completa de vendas de janeiro a maio de 1991. O laboratório, ainda assim, teria mantido estoques do medicamento que chegaram em junho daquele ano a 292.848 unidades - correspondente a dois meses de vendas, segundo os parâmetros de comercialização de 1990. Aduz que em junho de 1991, o total de vendas foi de 76.860 unidades, correspondente a 45% da média mensal do ano de 1990.

Acerca do Moduretic, durante o primeiro semestre de 1991, foi assinalada a ausência de produção e vendas nos meses de janeiro a abril de 1991.

A empresa recebeu, também, cópia do memorando do Vice-Presidente da República que deu origem as investigações da Secretaria Nacional de Direito Económico.

Em agosto de 1991, chegaram à Secretaria Nacional de Direito Económico informações, proveniente do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Rio Grande do Sul, de que o grupo Aché vinha exigindo pedidos mínimos para entregar os seus produtos e de que os remédios, cuja escassez deu origem a este processo, permaneciam em falta.

No âmbito da Secretaria Nacional de Direito Económico, então produziu-se nova Nota, em que se amplia a acusação inicial com os dados produzidos pelo Sindicato do Comércio Varejista do Rio Grande do Sul, notificando-se a mesma empresa Prodome para a defesa.

O processo foi encaminhado ao Conselho Administrativo de Defesa Económica, para o julgamento, noticiando o Dr. Marcos Vinícius de Campos, il. Diretor do DNPDE, que "a Representada fez cessar as práticas ensejadoras do processo", motivo por que não haveria medidas de correção a serem recomendadas (fls. 617).

DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO

Sugiro, como providência preliminar, que o processo seja desmembrado, julgando-se, nesta oportunidade, tão somente a representação no que tange à retenção dos remédios produzidos pela Prodome.

Os fatos que ensejaram a segunda denúncia constante dos autos devem ser levado ao conhecimento de quem por eles se responsabiliza juridicamente. De acordo com os dados até aqui apurados pela SNDE, a exigência de pedido mínimo teria partido de empresa distribuidora do grupo Aché, a Prodoctor Sul. É o que ressaí deste trecho da Nota Técnica que motivou o aditamento da representação:

...Solicitei a juntada do ofício e demais anexos de 29 de agosto de 1991 do Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul, que realizou pesquisa formal a seus associados (mais de 100 consultas, na segunda quinzena de agosto/91), sobre o tratamento dispensado pelo Grupo Aché às farmácias, evidentemente através do seu braço distribuidor, a Prodoctor" (fls. 465).

Da mesma forma, no relatório final (fls. 608), reitera-se que a responsável pelos novos acontecimentos denunciados no Rio Grande do Sul seria a Prodoctor local.

A Prodoctor que atende o Rio Grande do Sul tem personalidade jurídica própria, independente da firma Prodome.

Julgar, agora, os acontecimentos que informam o aditamento à representação seria emitir juízo sem que o responsável pelos fatos tenha tido oportunidade de se defender.

Proponho, desse modo, que as peças relativas a esta parte do feito sejam retornadas à Secretaria Nacional de Direito Econômico, para as providências cabíveis. Sugiro, não obstante, que permaneçam nestes autos cópias das declarações sobre a falta, no mercado, dos remédios aludidos na Nota de fls. 144 e seguintes.

RETENÇÃO DE REMÉDIOS

No que tange à acusação de retenção de remédios, defende-se a empresa, em preliminar, assinalando que a acusação padeceria de obscuridade. Diz que não se mencionam as datas dos fatos relevantes nem quais remédios teriam sido objeto da conduta tida por ilícita.

Ambas as críticas não resistem ao cotejo com o expediente quem deu início ao processo administrativo, encaminhado à representada. Ali está

visto que o problema do desabastecimento ocorreu no primeiro semestre de 1991, conforme denunciado pelo Vice-Presidente da República e descrito, com minúcias de dados cronológicos, na Nota aprovada pelo il. Diretor do DNPDE. Na mesma peça, apontam-se os remédios que estariam sendo sonogados à venda.

Vale observar, por acréscimo, que a censura de forma perde relevo diante da circunstância de a empresa ter apresentado defesa prévia e final, enfrentando exatamente os tópicos que animam a representação. Nenhum prejuízo ter sofrido, portanto, que se ligue à cogitada inidoneidade da notícia acusatória.

No mérito, a empresa tenta justificar a não-comercialização do Aldomet 500mg e do Moduretic 50mg.

Quanto ao primeiro, sustenta:

"Cumpre-nos esclarecer que ficamos impossibilitados de comercializar o Aldomet 500mg nos dois primeiros meses do período solicitado, abril e maio, posto que como é do conhecimento de V. Sa., o preço do aludido medicamento foi congelado com o reajuste de 35%. Entretanto, por equívoco na publicação da portaria nº 79, de 07.02.91 do Departamento de Administração de Preço (DAP) o preço do produto foi reduzido de 35% em janeiro do ano em curso, provocando dessa forma uma redução de 70% no preço devido. Em 15 e 19.02, foi comunicado o fato ao DAP, porém a correção foi efetivada somente no mês de junho/91" (fls.571).

É nítido que a empresa reconhece a falta de comercialização do remédio - com o que concorda com a análise estatística realizada pelo DNPDE no início do processo, com os números que revelam o descompasso entre oferta e procura do remédio (fls. 237 e seguintes) e com os diversos documentos apresentados por farmácias gaúchas, constantes do engano do governo na fixação do preço seja eximente da sua culpa - ponto em que não tem razão. Esta ordem de raciocínio, na verdade, só pode ser tomada como reforço à convicção de que o problema do desabastecimento explica-se como artifício de natureza especulativa. Jamais, porém, justifica a ação da empresa.

A indústria farmacêutica, quando se propôs a desenvolver atividade industrial e comercial, envolvendo a saúde da população, aceitou o compromisso moral de conferir o devido relevo a este valor tão elevado. Nada justifica que dele faça uso, arriscando-o, no esforço por lucros que estime mais adequados, nos seus embates com o governo.

A aspiração à remuneração mais elevada possível do capital investido há de se subordinar à ética peculiar que deve nortear as atividades

com repercussão sobre a esfera da saúde - e sobre a própria vida - dos brasileiros.

A par desse motivo, outro, de ordem técnica, se oporia a que o laboratório viesse a suspender, sem mais, a produção do medicamento que não lhe proporcionava o lucro esperado. A legislação em vigor exige dos laboratórios, quando pretendem descontinuar a produção de algum remédio, que, com antecedência de 180 dias, notifiquem o Ministério da Saúde dessa deliberação (Decreto nº 79.094/77, art. 13). Esse procedimento não foi seguido pela empresa.

Não se reconhece, pois, 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 o agente econômico preconiza.

Os lucros assim almejados se contaminam da pecha de arbitrários pelos meios empregados para obtê-los.

Se a empresa se sentia lesada com o invocado equívoco na fixação do preço do medicamento, cabia a ela valer-se de outros meios legítimos para se ressarcir do que tinha como prejuízo, não lhe era facultado, porém, subtrair o remédio à comercialização.

Observe-se, ainda, que não procede a assertiva da defendente de que não teria havido nenhum prejuízo ao consumidor, em virtude da possibilidade de se substituir o Aldomet 500mg pelo mesmo remédio na apresentação de 250mg. Não somente a fungibilidade entre medicamentos não é perfeita como também, conforme se colhe das tabelas de fls. 16 e 17, o aumento das vendas do Aldomet 250mg no primeiro semestre de 1991 em relação ao primeiro semestre de 1990 foi de apenas 13,3% (2.274.574 unidades contra 1.973.476, respectivamente). Esse volume não equivale à redução verificada nas vendas do Aldomet 500mg (728.493 unidades no primeiro semestre de 1990 e 255.490 unidades no primeiro semestre de 1991).

Persiste, pois, certa a responsabilidade da empresa por ter subtraído o remédio à comercialização - tanto mais inequívoca, uma vez que, se o Aldomet 500mg não estava sendo comercializado, alegadamente sem culpa da empresa, seria de se esperar um acréscimo significativo na oferta do seu substituto - o que não ocorreu.

A irregularidade econômica também se repete com o remédio Moduretic. às fls 146, verifica-se que, de janeiro a abril de 1991, não houve produção nem venda do produto. As farmácias gaúchas, que se manifestaram no 2º volume desses autos, se ressentiram da falta do produto para a comercialização. A partir das fls. 236 verifica-se, da mesma forma, o

desequilíbrio entre os pedidos do remédio por drogarias e distribuidores e o seu atendimento.

A própria defendente não disputa o fato da escassez do produto no mercado, mas busca justificá-lo, argumentando que, antes de janeiro de 1991, diversos lotes do produto foram rejeitados pelo controle de qualidade, por conta de problemas técnicos com um de seus componentes. A solução do problema teria exigido um procedimento mais demorado para o fabrico do medicamento, o que explicaria a falta de produção em fevereiro, março e abril de 1991.

A defendente pretende fazer crer que lhe assiste a exculpante da força maior. O argumento, entretanto, somente aproveitaria à empresa se o fato que invoca fosse por ela provado, tanto no que tange à sua existência quanto no que se refere à extensão dos seus efeitos. Nestes autos, esse ônus não se acha satisfeito.

Não há elemento de convicção seguro que persuade o observador da ocorrência da força maior como motivo da ausência da produção e venda do medicamento em tela.

Com efeito, à alegação do problema técnico, a empresa tão-somente agregou uma cópia de comunicação com outra firma - em inglês, sem tradução oficial, nem muito menos livre (fls. 13/15). Bastaria essa circunstância para desqualificar o documento como meio de prova; afinal, a língua pátria é a única admitida em processos oficiais como este.

Ainda que assim não fosse, o documento trazido pela defendente simplesmente descreve o procedimento técnico trilhado para a produção do remédio à base de determinada substância. Nada ali torna seguro que tenha realmente havido problema com o método corrente de produção do medicamento, nem tampouco, que o eventual contratempo tenha sido a causa determinante da cessação total da produção e venda do remédio.

A escusa da força maior não reúne condições de ter o seu mérito discutido, à falta de qualquer comprovação hábil dos fatos que a sustentariam.

Persiste a convicção de que a suspensão de produção e venda do remédio atendeu ao propósito de pressionar o governo a autorizar aumento de preço.

Finalmente, os autos revelam a carência do remédio Sinemet 250mg no mercado consumidor, provocada pelo comportamento da empresa em não oferecê-lo. Cabe, aqui, sumular a situação desse medicamento com as palavras do il. Inspetor-Chefe do DNPDE, no seu relatório final:

"O Sinemet 250mg cx 30cp apresentou o mês de fevereiro sem venda alguma, alcançando no 1º semestre/91 uma média de vendas de 13.259 unidades, 47% menor que a média de vendas do 1º semestre/90 e 57% menor que a média de vendas do ano de 1990".

Os elementos dos autos levam a concluir que a falta de produção e de vendas dos remédios considerados respondeu a intuito de majoração de preços - e, obviamente, buscou incrementar a taxa de retorno do capital investido pela empresa. No caso do Aldomet, é explícita a intenção, conforme anotado. Quanto aos outros dois medicamentos, esse propósito é inferido da inexistência de outra explicação comprovada para o fato e do conhecimento do notório conflito, à época, da indústria farmacêutica com o governo, em torno da liberação dos preços dos medicamentos.

Vale, aqui, repisar os termos do parecer emitido no Processo Administrativo nº 12/91, instaurado contra Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A. - por sinal do mesmo grupo econômico da atual defendente - e que guarda perfeita relação com estes autos:

"Cumpre deixar claro 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. A reação à política de preços imposta pelo governo, se é perpetrada com abuso do poderio da empresa, capital 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".

O parecer é, dessarte, pela procedência da representação, verificado o cometimento, pelo laboratório, de previsto na Lei nº 4.137/62, art. 2º., III, "c" - sem prejuízo da providência sugerida sobre o desmembramento do processo.

Fala-se, nos autos, que a prática do comportamento sob censura não perdura; a única sanção cabível, diante disso, 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 a transitoriedade do problema.

Brasília, 27 de agosto de 1992.

Paulo Gustavo Gonet Branco

Ação Cautelar nº 92.6915-0 (CADE nº 19/91).

Exma. Sra. Procuradora da República encarregada da defesa da União junto à 5ª Vara da Justiça Federal.

A ação cautelar proposta pela empresa Knoll S.A. Produtos Químicos e Farmacêuticos volta-se contra a pena que a firma sofreu pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica por abuso do poder econômico.

O laboratório farmacêutico produz os medicamentos AKINETON, em várias apresentações, e DILACORON. Trata-se de remédios controlados, de uso contínuo e obrigatório, essenciais, portanto, para a saúde dos que deles necessitam. Esses medicamentos, por suas próprias características, são de diminuta fungibilidade. Não obstante isso, comprovou-se nos autos do processo administrativo, que teve curso neste Conselho, que a empresa, no segundo trimestre de 1991, reteve os produtos, estocando-os e inviabilizando que chegassem ao consumidor. Daí ter entendido o CADE, por decisão sem voto discrepante, que a conduta encontrava tipo no art. 2º, III, "c", da Lei nº 4.137/62, que prevê como abuso do poder econômico a prática de retenção, em condições de provocar escassez, de bens de consumo, visando à elevação de preços.

Os preços, no momento da prática abusiva estavam sob o controle governamental, o que, evidentemente, não descaracteriza o abuso punível pela lei. Não influi sobre a natureza do ilícito a circunstância de os produtos terem os seus preços controlados pelo governo. Isso não torna a infração impossível, pois é concebível - e os autos o ilustram - que a empresa se empenhe em manobra repudiada pelo sistema legal de proteção da economia, visando a gerar situação que tenda constranger o governo a ceder às suas reivindicações.

Num dos tópicos da inicial, a empresa parece acreditar que a punição sofrida não teria apoio no art. 173, Parágrafo 4º, da Constituição. Acerca desse item, reproduzo trecho de parecer proferido em processo outro, em curso no CADE, análogo ao que ora se examina:

"A capitulação propugnada (a mesma do processo que gerou esta cautelar) não destoaria do Parágrafo 4º. do art. 173 da constituição. Ali se estipula que "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros"

A norma constitucional não impede que o legislador ordinário descreva outros comportamentos como abusivos do poder econômico.

A Constituição, neste dispositivo, não está limitando a atuação do legislador, mas estabelece o núcleo necessário à lei que vier a regular o tema do abuso do poder econômico.

Nada impede que a lei se refira, como passíveis de sanção por abusivos, a comportamentos outros que os que visem a dominação de mercados, a eliminação de concorrência ou o aumento arbitrário de lucros - desde que, é claro, necessariamente, também condene estes fatos. Supor que o constituinte tenha desejado apertar apenas naqueles três hipóteses todos os casos puníveis trai interpretação da norma constitucional desajustada da melhor técnica hermenêutica. Com efeito, conforme ensina Gomes Canotilho,

"Na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição, contribuem para a eficácia da lei fundamental" (Direito Constitucional. Coimbra, Imedina, 1987, p. 164).

Esse princípio da força normativa da Constituição desautoriza ver nas condutas mencionadas no Parágrafo 4º do art. 173 da lei Maior um rol taxativo de comportamentos a serem perseguidos pelo legislador ordinário. O constituinte não pretendeu que apenas algumas formas de abuso do poder econômico fossem punidas, permitindo que outras campeassem livremente. Propugnar por tal ponto de vista que o Título VII da Constituição quer ver protegidos repudiam semelhante interpretação, que amesquinha a repressão do abuso do poder econômico. Veja-se, a propósito, que o Parágrafo 5º. do mesmo art. 173 comete à lei a punição de atos, genericamente considerados, que hajam sido perpetrados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. Cumpre reconhecer, dessarte, que a lei não está restrita, no descrever condutas abusivas, às três manifestações mais corriqueiras do abuso do poder econômico, que o próprio constituinte cuidou de enunciar e de tornar como de obrigatória punição.

Ainda que assim não fosse, haveria considerar que o laboratório, com o seu procedimento, visava a um aumento arbitrário de lucros.

A empresa alega que estava produzindo remédios com desvantagem e pretendia, é óbvio, obter a margem de lucro que estimava adequada. Passar de uma situação a outra significaria, em suma, ter aumento de lucros. Esses lucros, porém, seriam arbitrários, pois seriam discordantes da remuneração do capital investido que o governo, à vista de considerações de ordem social e econômica, tinha como justa naquele instante".

O laboratório sustenta, ainda, que,

"sem a baixa do processo em diligência para apurar-se globalmente o mercado farmacêutico não se poderia condenar a Autora sem se correr sérios riscos de cometer-se uma injustiça, eivada evidentemente em vício de ilegalidade, o que acarreta nulidade de todo o processo administrativo".

A assertiva não deve impressionar. A decisão do CADE forrou-se em pesquisa de mercado ampla o bastante para positivar a falta de entrega dos medicamentos aos fornecedores, apesar de constantes pedidos destes. O Ministério da Justiça entrou em contato com os mais importantes distribuidores, que, por via estatística, demonstraram o descompasso entre o volume de pedidos de medicamentos e a sua oferta pelo laboratório (cf. documentação anexa, extraída do processo administrativo que ensejou a punição).

Os números que tais documentos estampam são eloquentes para firmar que o laboratório, efetivamente, deixou de entregar ao consumo, nos níveis habituais, e em condições de suprir a demanda, os medicamentos em tela. Provocou com isso desabastecimento do mercado, no propósito de sensibilizar o governo a admitir a majoração dos preços. Fez jus, portanto, à sanção imposta pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Afinal, não tem pertinência a tese da autora de que haveria medicamentos outros, da mesma família dos analisados no processo administrativo, que os substituiriam, de modo a descaracterizar o problema do desabastecimento.

A afirmação da existência de tais medicamentos é completamente graciosa, não se apontando sequer que remédios seriam estes - o que, já por si, compromete a força persuasiva da argumentação.

Ademais, não se desconhece que essa pretensa fungibilidade, em termos de remédio - máxime os de uso controlado e contínuo -, é rara. As fórmulas dos remédios são diferentes entre si e componentes importam em graduação também diferenciada quanto a dosagem, sensibilidade e efeitos colaterais. Esses remédios, além disso, são vendidos contra prescrição médica, o que já revela a impossibilidade de se cogitar da fungibilidade deles para o

consumidor, que tem em mãos receituário específico, que não o habilita a adquirir um eventual substitutivo - o qual, por certo, demandará prescrição médica própria.

Contra a tese de que a infração econômica não se deu porque os medicamentos teriam substitutos, é útil, outrossim, destacar do voto do Conselheiro Marcelo Monteiro Soares as seguintes considerações, que demonstram não ter sentido cogitar de semelhante escusa neste passo:

"... Cabe considerar que a indústria de fármacos é caracterizada pelos estudiosos das estruturas de mercado como pertencente à concorrência imperfeita, denominada 'oligopólio diferenciado' (..) No oligopólio diferenciado a natureza dos produtos fabricados faculta às empresas disputarem o mercado mediante a diferenciação do produto, como forma predominante (..).

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 a classe médica e os consumidores prefiram mais firmemente um ao outro produto, configurando-se, desta forma, a fidelidade à marca ou ao próprio. Assim, os consumidores de determinado produto passam a se identificar de tal forma com os mesmos, que se recusam a adquirir outras marcas ou produtos sucedâneos".

Como se vê, nem mesmo sob o ponto de vista informado pelos estudos de Economia, há de se admitir a fungibilidade, que a autora quer ver como certa, entre os remédios que deixou de entregar ao mercado e eventuais outros, que sequer nomeia.

Vale ressaltar, por fim, que, para efeito de caracterização de retenção de produto capaz de provocar a sua escassez no mercado, até mesmo a existência de substitutos é irrelevante. A lei quer prevenir que o agente econômico, no curso de manobra especulativa, retenha o seu produto, de modo a que a sua falta seja sentida. Basta a retenção do produto, independentemente de considerações sobre a possibilidade de vir a ser substituído por outro, para gerar a confusão no mercado, que a legislação pretende obviar, e atrair a punição relativa ao abuso do poder econômico.

Esses esclarecimentos demonstram a desvalia da censura da autora contra a decisão do CADE na ação proposta. Aguarda-se o indeferimento da inicial em todos os seus termos.

Brasília, 16 de junho de 1992.

Paulo Gustavo Gonet Branco

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

1. A Representação

O Exmo. Sr. Presidente da República, em exercício, Dr. Itamar Franco, em memorando de 19.07.91, encaminhado ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça, declara haver sido informado de que "o próprio setor farmacêutico vem comprometendo o abastecimento regular de medicamentos, dentre eles os de uso contínuo e obrigatório".

Destaca, ainda, S. Exa., constar "que esse desabastecimento propositado advém da decisão de alguns laboratórios, que estariam retendo os seus estoques, por prazo indeterminado (Rhodia, Aché, Schering, Glaxo e Syntex), para pressionar a liberação geral de preços".

Conclui, aquela autoridade, recomendando que o Ministro da Justiça diligencie a respeito, através da Secretaria Nacional de Direito Econômico, no sentido de serem adotadas as providências necessárias - inclusive, a intervenção, se for o caso - visando à imediata normalização do mercado (fls.01).

No curso das investigações, então iniciadas no âmbito deste Ministério, abrangendo a atuação do setor farmacêutico, no que se refere ao eventual desabastecimento de medicamentos, foi instaurado este Processo Administrativo contra a Representada, Prodome Química e Farmacêutica Ltda. (fls. 157).

2. As primeiras providências adotadas pela Secretaria Nacional de Direito Econômico - SNDE, através do Departamento Nacional de Proteção e defesa Econômica - DNPDE.

As providências que se seguiram, da parte da SNDE, através do DNPDE - que integra a estrutura da citada Secretaria - no que concerne, mais especificamente, à atuação da Representada, Prodome Química e Farmacêutica Ltda., estão documentadas a fls. 02 e seguintes deste processo, e podem ser assim sintetizadas:

- em 22.07.91, foi convocada uma reunião com representantes do setor farmacêutico, os quais reconheceram problemas localizados, especialmente de produção dos medicamentos de uso contínuo e obrigatório. Referiram-se eles

a uma pequena queda de produção, a dificuldades na aquisição de certos insumos e à defasagem relativa dos preços de alguns medicamentos, fato que estaria estimulado a compra de um maior volume de medicamentos, por cliente (fls. 02/03);

- comprometeram-se, na oportunidade, a garantir a produção e o fornecimento de medicamentos, ainda no mês de agosto de 1991, nos níveis médios praticados nos últimos meses (fls. 03);

- seguiu-se solicitação do DNPDE, à Representada, no sentido de encaminhar informações sobre a produção e comercialização de produtos de uso contínuo e obrigatório (fls. 07), o que foi atendido, conforme consta do ofício de fls. 08/09, e da documentação trazida a fls. 10 e seguintes do processo.

3. As informações iniciais da Representada

No aludido ofício de fls. 08/09, datado de 01.08.91, a Representada informa, em linhas gerais:

- que, apenas com relação a dois produtos, foi interrompida a comercialização, isto por motivos fora do seu controle: trata-se dos medicamentos Aldomet 500 mg e Moduretic;

- no que concerne ao produto Aldomet 500 mg, o fato deveu-se a um erro na Portaria nº 79, de 07.02.91, do Departamento de Administração de Preços (DAP), em virtude do qual, ao invés de ser acrescido o percentual de 35% sobre o preço vigente em janeiro de 1991, foi tal percentual subtraído do preço, o que acarretou uma redução de 70% no valor devido. Esclarece, ainda, que, inobstante os seus insistentes pedidos, a correção somente veio a ser efetuada em junho de 1991. No particular, - faço aqui o registro - consta, a fls. 10, cópia de ofício dirigido ao DAP, a 15.02.91, no qual a Representada declara, textualmente:

"Aguardamos com urgência a correção ora solicitada, pois esse equívoco com certeza causará transtornos na comercialização do produto. De nossa parte estamos suspendendo a venda do mesmo, até que o erro seja corrigido, para evitar maiores problemas no relacionamento com intermediários e consumidores."

- quanto ao medicamento Moduretic, afirma que, anteriormente a janeiro de 1991, vários lotes de produção desse remédio foram rejeitados pelo controle de qualidade da empresa, devido a problemas técnicos com um de seus ingredientes ativos (Hidroclorotiazida). Em consequência, "houve a necessidade de aplicação de procedimentos alternativos na moagem desse

ingrediente, os quais, por não estarem previstos na formulação original, exigiram testes de estabilidade por um período de, aproximadamente, 3 meses (Anexos C e D)". A este propósito, juntou a Representada cópias de documentos, redigidos em inglês, nos quais uma outra empresa descreve procedimentos técnicos para a produção do medicamento, à base de determinada substância (fls. 13/15).

Traz, ainda, os seguintes esclarecimentos:

- que no período de 12.03.90 a 31.05.91, os preços dos medicamentos de uso contínuo foram reajustados em 146,05%, contra um reajuste de 390,8% dos demais produtos, registrando-se uma variação cambial de 674%;
- que, em 1989, tais medicamentos representavam 56% do faturamento do Laboratório, enquanto a média da indústria não chegava a 12%. Portanto, a Representada era a empresa mais prejudicada com a política de preços adotada;
- que, em consequência, todos os seus produtos de uso contínuo estavam com preços inferiores aos respectivos custos unitários;
- que, inobstante essa flagrante injustiça, manteve a comercialização regular de todos os produtos, com as duas exceções antes citadas, destacando ser esta uma situação que não poderia perdurar, "sob pena de inviabilizar não apenas o abastecimento de medicamentos essenciais mas a própria empresa".

A fls.10 e seguintes, junta a Recorrida vasta documentação, incluindo a discriminação de produção e comercialização de medicamentos de uso contínuo e obrigatório.

4. A 1ª Nota Técnica do DNPDE

Em sua primeira Nota Técnica, neste processo, datada de 16.08.91, e constante de fls. 144/147, que traz os anexos de fls. 148/152, o DNPDE, através do seu Inspetor-Chefe, Cláudio João José, faz as seguintes considerações principais - às quais acrescento algumas observações - a partir dos elementos encaminhados pela própria Representada:

Medicamento Sinemet - 250 mg

- os dados constantes do Anexo de fls. 151, registram uma produção de 175.167 unidades do medicamento, no 1º semestre de 1990, enquanto as vendas totalizaram 150.581 unidades, no período. Já no 1º semestre de 1991, a produção não ultrapassou 115.938 unidades, enquanto as vendas limitaram-se

a 79.557 unidades. Assim, fazendo-se uma análise comparativa de tais dados, verifica-se, no 1º semestre de 1991, uma redução da ordem de 34% na produção do medicamento, e de 47%, nas suas vendas. Nos meses de abril a junho de 1991, constatou-se a paralização da produção do medicamento;

- no ano de 1990, o Laboratório manteve um estoque de 55.303 unidades do produto, enquanto que, no ano de 1991, manteve um estoque, até junho, de 36.381 unidades, perfazendo um total de 91.684 unidades, o que, em relação à média mensal de 1990, corresponde a 3 meses de vendas.

(fls. 145 e quadros anexos, às fls. 150/151).

Medicamento Aldomet - 500 mg

- durante o ano de 1990, a produção manteve-se, irregular, variando de 0 a 36.250 unidades, até atingir 294.011 unidades no mês de outubro (significativamente o mês em que houve descongelamento de preços);

- de outubro de 1990 até janeiro de 1991, manteve um bom ritmo de produção e vendas, para, após o Plano Econômico de janeiro de 1991, interromper completamente a produção, nos meses de fevereiro e maio de 1991, e as vendas, nos meses de fevereiro a maio de 1991;

- inobstante o indicado erro na publicação da Portaria do DAP, quanto à fixação do preço do medicamento, constata-se que, no mês de janeiro de 1991 - último mês da produção e venda antes do fato invocado - manteve a Representada um estoque de 104.848 unidades que, somando-se à produção de março e abril de 1991 - 188.000 unidades - significou um total de 292.848 unidades estocadas, o que corresponde a cerca de 2 meses da média mensal de vendas do ano de 1990;

- todavia, o total de vendas em junho de 1991 somou 76.860 unidades, quantidades que corresponde a 45% da média anual de vendas no ano de 1990.

(v.fl.s. 145/146 e quadros anexos, às fls. 148/149).

Medicamento Moduretic - 50 mg

- no ano de 1990, a produção manteve-se de forma dispersiva, tanto podendo atingir 103.128 unidades (janeiro de 1990), como 593.325 unidades (novembro de 1990);

- não há termos de comparação entre tais dados e aqueles relativos ao 1º semestre de 1991, eis que, de fevereiro a abril de 1991, não houve produção, nem vendas;

- o Laboratório alegou que um dos componentes ativos apresentou problemas técnicos, obrigando a interrupção da produção;

- a produção do medicamento foi retomada em maio de 1991, abaixo da média mensal do ano de 1990 (v. fls. 146 e quadro anexo a fls. 152).

Chega, assim, o Representante do DNPDE, às seguintes conclusões:

- que existem fortes indícios de retenção do produto SINEMET, gerando desabastecimento do mesmo;

- que, mesmo levando-se em conta o erro reconhecido pelo DAP, observa-se que o Laboratório, embora dispondo de um estoque de 292.848 unidades do medicamento ALDOMET 500 mg, em junho de 1991, reteve tal estoque em grande parte, não normalizando um mercado já traumatizado por 4 meses sem vendas;

- que, no caso do medicamento MODURETIC, constata-se a existência de correspondência (fls. 13/15) que, aparentemente, confirma os fatos arguidos pela Representada, quanto à paralização da sua fabricação.

Encaminha, então, proposta, nos seguintes termos:

- pela abertura do Processo Administrativo, com base na legislação em vigor;

- pela solicitação à Representada, de dados de produção e vendas dos medicamentos ALDOMET 500 mg e SINEMET 250 mg, referentes ao período 1987/1989, além da indicação dos estoques do primeiro dia dos anos de 1987/1991;

- pela solicitação de informações à Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária, no concernente à paralisação da fabricação do medicamento MODURETIC 50 mg (fls. 147).

5. A Instauração do Processo Administrativo

A área jurídica do DNPDE, considerando a análise apresentada pelo setor econômico do DNPDE e tendo em vista que, ao seu entender, os fatos narrados eram passíveis de enquadramento no art. 2º, alínea a, segunda parte, da Lei 8.158, de 08.01.91 e art. 2º, inciso III, alínea c, da Lei nº 4.137, de 10.09.62, sugeriu, nos termos do art. 5º da citada Lei nº 8.158/91, a instauração do processo administrativo, com a consequente notificação da Representada, para que apresentasse, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias, defesa prévia e requeresse as provas pretendidas realizar.

Anote-se que o dispositivo referido da Lei nº 8.158/91, prevê, como forma de distorção no mercado, "a fixação artificial das quantidades vendidas ou produzidas", enquanto o outro dispositivo invocado, este da Lei nº 4.137/62, assim se inscreve:

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

III- Provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços, por meio de:

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

Sugeri, ainda, o órgão jurídico, que as diligências complementares, indicadas pelo DNPDE, a fls. 147, in fine, fossem realizadas após a apresentação da defesa prévia, durante a instrução do processo, sem prejuízo de outras que aquele Departamento entendesse necessárias (fls. 153).

Em consequência, por despacho do Sr. Diretor DNPDE, publicado no D.O.U. de 19.08.91, foi instaurado o Processo Administrativo e determinado o encaminhamento de notificação à Requerida, para apresentação de defesa prévia e especificação das provas pretendidas produzir (fls. 155 e 157)..

Anote-se que, ao notificar a Representada, o DNPDE encaminhou-lhe cópia da Representação, da Nota Técnica do Departamento e do despacho que determinou a instauração do Processo Administrativo (fls. 161/170).

Em época concomitante, ou seja, a 21.08.91, o DNPDE solicitou, ainda, da Representada, informações relacionadas à produção dos medicamentos SINEMET 250 mg e ALDOMET (fls. 171).

6. A Defesa Prévia da Representada

Em sua defesa prévia, às fls. 225/230, cuja juntada aos autos se deu a 11.09.91, a Representada alega, em síntese:

- que o fato de o DNPDE haver solicitado da representada, após a instauração do processo, informações adicionais sobre a produção e venda dos medicamentos ALDOMET 500 mg e SINEMET 250 mg, demonstra "de forma patente, não só a inconsistência da representação, mas também a sua clara e manifesta incongruência, de improcedência inconteste";

- que a questão de a Representada produzir ou vender, mais ou menos, em um mês ou em um ano, em comparação a outros períodos, nada tem a ver com a figura da retenção de estoque, objeto da Representação;

- que a Representada vem exercendo, regularmente, as suas atividades, mantendo o nível de emprego, de produção por unidades e de faturamento "dentro das suas condições e das contingências do mercado e, fundamentalmente, da recessão econômica";

- que, de outra parte, a alegação de retenção de estoque, desacompanhada de pedidos não atendidos, não existe no mundo dos fatos, pois alegação sem prova é alegação inexistente;

- que além do mais, mesmo que se admitisse a hipótese de a alegação vir acompanhada de pedidos não atendidos, haveria necessidade de se verificarem os motivos do seu não atendimento;

- que, sendo assim, a Representação improcede e o seu arquivamento é medida que se impõe, conclui a Representada.

7. Outras Providências Adotadas pelo DNPDE

Registra, ainda, o processo, diversas outras providências adotadas pelo DNPDE, na busca de elementos complementares à instrução do processo.

Como resultado de tal atuação, vieram novos documentos aos autos, cumprindo destacar:

- em documentação anexada aos autos em 11.09.91, a Representada encaminha dados sobre a produção e comercialização dos medicamentos SINEMET 250 mg e ALDOMET 500 mg, referentes aos anos de 1987 a 1989 e que podem ser assim sintetizados:

SINEMET 250 mg

Média mensal de unidades produzidas	Média mensal de unidades comercializadas
38.845	
35.630	<-1987->
21.955	
20.490	<-1988->
12.621	
17.320	<-1989->

mês de julho de 1991: não houve produção, nem comercialização

mês de agosto de 1991: não houve produção; 29.976 unidades foram comercializadas;

estoque em 01.01.91: 55.401 unidades;

estoque em 31.08.91: 24 unidades.

ALDOMET 500 mg

Média mensal de unidades produzidas	Média mensal de unidades comercializadas
233.154	
206.814	<-1987->
133.981	
144.378	<-1988->
228.122	
213.729	<-1989->

mês de julho de 1991: 49.650 unidades produzidas; 162.960 unidades comercializadas;

mês de agosto de 1991: 127.736 unidades produzidas; 256.550 unidades comercializadas

estoque em 31.08.91: 52 unidades

estoque em 01.01.91: 77 unidades

(fls. 231/233)

- em 27.09.91, a Representada, contestando notícias veiculadas pela imprensa, sobre falta de medicamentos em São Paulo (fls. 253/255), afirma, às fls 267/268, que a produção e comercialização dos medicamentos MODURETIC e ALDOMET mantêm-se em níveis elevados, operando-se, normalmente, a respectiva distribuição na praça de São Paulo;

- em ofício datado de 11.10.91, a Representada esclarece, dentre outras matérias, que, face à impossibilidade de comercialização do medicamento ALDOMET 500mg, nos meses de abril e maio de 1991, substituiu-se o produto pelo ALDOMET 250 mg, não havendo, assim qualquer prejuízo ao consumidor. No que tange ao remédio SINEMET 250 mg, aduz que não houve quantidade fornecida no mês de julho de 1991 porque não havia pedido em carteira, "estando o mercado totalmente abastecido"; mas que, a partir do mês de agosto, "a comercialização do medicamento tornou seu trâmite normal"(fls. 268-A/269).

- através de ofício-circular de 07.11.91 (fls.286-A), o DNPDE envia às distribuidoras da Representada, pedido de informações sobre a quantidade de medicamentos solicitada e recebida do Laboratório PRODOME;

- em resposta, as diversas empresas PRODOCTOR, distribuidoras dos medicamentos da Representada, e sediadas em pontos diferentes do País, encaminharam os ofícios de fls. 287-A e seguintes.

Comentando o assunto, o Inspetor-Chefe do DNPDE, Cláudio João José, afirma que se manteve uma perfeita harmonia entre a quantidade pedida e quantidade recebida (fls. 588).

8. O parecer técnico da Secretaria Nacional de Economia, órgão do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento.

Em cumprimento ao disposto no art. 6º do regulamento aprovado pelo decreto nº 36, de 14.02.91, a Secretaria Nacional de Economia emitiu, a 25.02.92, parecer técnico relativo à matéria de que trata este processo.

Do documento de fls. 310/313, destacam-se os seguintes itens:

- que o produto ALDOMET pertence à classe terapêutica dos anti-hipertensivos puros; que o medicamento SINEMET é da classe terapêutica dos antiparkinsonianos; e que o produto MODURETIC pertence à classe terapêutica dos agentes poupadores de potássio com tiazidas e/ou análogos combinados, conforme o Quadro de fls. 312, que se refere, dentre outras, às seguintes classes terapêuticas: antidiabéticos orais, anticoagulantes não injetáveis, antihipertensivos puros, neuroplégicos, antiparkinsonianos, anticonvulsivantes;

- que tais produtos permanecem sob controle de preços do DAP;

- que a alegada defasagem de preços já está sendo resolvida com reajustes reais superiores aos índices inflacionários. Assim, constatada uma variação cambial de US\$ 596.79% e índice FIPE de 603,29%, no período de 07.01.91 e 23.01.92, o preço do medicamento ALDOMET - 500 mg variou 1.005,00 %; o do SINEMET - 250 mg, 670.88% e o do MODURETIC - 50 mg, 992.59%;

- que a Representada não cumpriu as exigências da Portaria nº 852/90 (deixou de apresentar os dados referentes à sua evolução econômico-financeira, conforme consta de fls. 312, in fine e do esclarecimento de fls. 589).

9. Informações referentes à distribuição de medicamentos da Representada

Em 09.03.92, o DNPDE solicita, a fls. 334, a juntada nos autos da coleção de depoimentos realizada pelo Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul, que instruiu a Representação nº 60/91 daquele Departamento e da qual resultou a instauração do Processo Administrativo nº 29, também do DNPDE.

As cópias trazidas a este processo estão às fls. 335/457 e retratam uma pesquisa realizada junto a mais de 100 farmácias naquele Estado.

Da sua leitura, e naquilo que diz respeito diretamente aos fatos que deram origem à instauração do presente Processo Administrativo - apuração de práticas abusivas que teriam sido levadas a efeito pela Representada, acarretando o desabastecimento de medicamentos de uso contínuo e obrigatório - constata-se a falta generalizada dos produtos ALDOMET e MODURETIC, em um mercado configurável, sem dúvida, como expressivo.

Neste ponto, é importante destacar que a pesquisa, em questão, revela indícios de práticas abusivas de natureza diversa, estas atribuíveis, ao menos de forma direta, à sociedade Prodoctor Sul Produtos Farmacêuticos Ltda., distribuidora dos medicamentos da Representada, naquele Estado, além daqueles produzidos pelo laboratório Aché, o qual, segundo consta do processo (fls.461), tem a maioria das cotas da Representada.

Tais práticas consistiriam, dentre outras, na exigência generalizada de pedidos mínimos, e de aquisição de medicamentos não solicitados, na limitação de vendas.

Esta matéria será considerada, posteriormente, neste Relatório e na declaração de voto.

10. A 2ª Nota Técnica do DNPDE

Em sua segunda Nota Técnica, neste processo, datada de 14.04.92, e constante de fls. 458/466, o DNPDE, ainda através do seu Inspetor-Chefe Cláudio João José, faz observações várias sobre o assunto, para concluir no sentido de serem

"subsistentes as ocorrências que determinaram a instauração do presente processo, ocorrências essas consubstanciadas na prática, por parte da Representada, de fixar artificialmente as quantidades produzidas ou vendidas, impor quantidades e valores mínimos na comercialização dos medicamentos, subordinar a venda de um bem à aquisição de outro e diminuir a produção em condições de provocar escassez dos mesmos, capituladas na alínea c, inciso

III, art. 2º da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962 e nos incisos I e VIII do art. 3º da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991."

11. O aditamento à Representação

Em 15.04.92, manifestou-se, novamente, a área jurídica do DNPDE, às fls. 467/468, enfatizando que, na instrução do feito, foram detectadas, no segmento comercialização, práticas outras não capituladas na peça de instauração.

Destaca que, dos levantamentos efetuados, foi observada a exigência generalizada de pedido mínimo, inviabilizando muitas vezes a compra, já que o mesmo é feito individualmente para cada divisão do que chama "Grupo Aché"; que o pedido não é atendido integralmente, encaixando-se outros medicamento para completar o valor mínimo, que há produtos do "Grupo Aché" em falta no mercado, ressaltando o ALDOMET e o MODURETIC, que, inclusive, têm sua venda limitada.

Anota, ainda, que o "Grupo Aché", da qual a Representada faz parte, mantém uma rede própria de distribuidoras, denominada PRODOCTOR, "o que leva a crer que inexistente venda direta assegurada pela Lei nº 8.002/90."

Considera que tais condutas enquadram-se no art. 3º, incisos I e VIII da Lei nº 8.158/91 ("impor preços de aquisição ou revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas ..."e" subordinar a venda de um bem à aquisição de outro...") e no art. 1º, inciso I da Lei nº 8.002/90 ("recusar a venda de mercadoria diretamente a quem se dispuser a adquiri-la, mediante pronto pagamento...").

Propõe, por fim, seja aditada a Representação inicial, uma vez que as tipificações, acima, não integraram a peça instauratória, notificando-se, então a Representada para apresentar nova defesa prévia e requerer as provas pretendidas produzir.

A proposta foi acolhida pelo Sr. Diretor do DNPDE, que em despacho de 16.04.92 (fls. 468), determinou a notificação da Representada.

12. A segunda defesa prévia da Representada

Em 21.05.92, juntou-se às fls. 475/477 destes autos, a segunda defesa prévia da Representada, acompanhada dos documentos de fls. 478/495.

Em resumo, pode-se dizer que a Representada contesta as novas práticas abusivas que lhe são imputadas, reportando-se às razões apresentadas no Processo Administrativo nº 29 instaurado pela SNDE/DNPDE e juntando

cópias de algumas de suas peças para requerer, afinal, o arquivamento do processo.

13. Informações relativas às empresas Prodoctor e a outras distribuidoras de medicamentos produzidos pela Representada

Em 14.04.92, o DNPDE recebe correspondência do Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul, comunicando que "além da distribuidora do próprio Grupo Aché - Prodoctor Sul - mais duas distribuidoras passaram a distribuir os produtos do Grupo (fls. 543). "

Por outro lado, em 26.05.92, são juntos ao processo às fls. 496/542, documentos encaminhados pelo Departamento Nacional de Registro de Comércio, contendo dados sobre as diversas empresas Prodoctor, que figuram nos autos como integrantes de uma rede própria de distribuição de medicamentos produzidos pela Representada, e por outros laboratórios pertencentes ao chamado "Grupo Aché".

14. A 3ª Nota Técnica do DNPDE

Às fls. 546/558, junta o DNPDE a sua terceira Nota Técnica, datada de 11.06.92, na qual, após um amplo levantamento da matéria, constata estarem exauridas as diligências necessárias ao esclarecimento das denúncias levantadas no processo.

Conclui pela subsistência das práticas delituosas atribuídas à Representada e sugere o encaminhamento daquela Nota à Representada, para que deduza sua defesa nos termos das alínea b do art. 6º da Lei nº 8.158, de 08.01.91, o que foi aprovado pelo Diretor daquele Departamento (fls. 558).

15. A informação da Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde

Através de ofício de 17.06.92, a Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária, órgão do Ministério da Saúde, informa que a Representada, Prodome Química Farmacêutica Ltda, não fez qualquer comunicação quando à paralisação temporária do fabrico e comercialização do produto MODURETIC, no período 1989/1991, alegando o aludido Laboratório a não ocorrência de tais fatos.

Destaca o órgão do Ministério da Saúde que, em conformidade com o art. 13 do Decreto nº 79.094, de 05.01.77, as empresas que desejarem cessar a fabricação de determinada droga ou medicamento, "deverão comunicar esse fato ao órgão de vigilância sanitária competente do Ministério da Saúde, com antecedência mínima de 180 dias"(fls. 559).

16. A defesa final da Representada

Em sua defesa final, cuja juntada aos autos se deu a 13.07.92, às fls. 564/575, juntamente com os documentos de fls. 576/585, a Representada invoca os seguintes argumentos principais:

- que, preliminarmente, a peça acusatória se ressentir de amparo jurídico, por deixar de especificar as datas ou a época dos fatos configuradores das supostas infrações praticadas pela Representada, o que se constitui em cerceamento de defesa. Por isso, requer o aditamento da denúncia, a fim de que seja suprida tal omissão;

- que, também por outra omissão, merece a denúncia ser aditada. Isto em virtude de não haver sido feita a especificação correta dos medicamentos produzidos pela Representada e que ensejaram a instauração deste processo;

- que o aditamento da Representação inicial tal como ocorrido neste processo, em abril de 1992 (fls. 467/469), resultou de "prova emprestada" do Processo Administrativo nº 29, instaurado pelo SNDE/DNPDE, em virtude de acusação do Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul, contra o Aché Laboratório Farmacêutico S/A;

- que, no particular, é notória a inadmissibilidade de "prova emprestada", no campo processual, sob a alegação de que as partes envolvidas pertencem a um grupo de empresas. Na verdade

- assinala a Representada - trata-se de duas empresas distintas, sendo o ACHÉ uma sociedade anônima e a PRODOME uma sociedade limitada. Acrescenta inexistir qualquer vínculo de subordinação ou entrelaçamento comercial entre elas, o que justifica o desentranhamento da peça de acusação trazida de outro processo e que ensejou o aditamento à Representação inicial;

- que, por outro lado, segundo pode inferir, a época dos fatos delituosos que lhe são imputados seria a da Representação inicial - 19.07.91 - conforme se pode verificar da referência de fls. 546 dos autos (Nota Técnica do DNPDE, ou, ainda, a fls 547, onde se faz menção "a meados de 1991";

- que, quanto à identificação dos medicamentos escassos no mercado, presume seriam eles o ALDOMET e o MODURETIC, tendo em

vista o teor da Representação do Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul;

- que, no referente à denúncia do desabastecimento de medicamentos - matéria que deu origem à instauração deste Processo Administrativo - tal tópico já foi objeto de defesa da Representada, por duas vezes, nestes autos;

- que, "ad cautelam", tão somente, reitera que ficou impossibilitada de comercializar o produto ALDOMET 500 mg, nos meses de maio e junho de 1991, em virtude um erro na Portaria nº 79/91, do Departamento de Administração de Preços (DAP). Ressaltou, porém, que a única consequência de tal fato foi a substituição do ALDOMET 500 mg pelo ALDOMET 250 mg, daí não resultando qualquer prejuízo para o consumidor;

- que, no caso do medicamento MODURETIC 50 mg, em função de problemas técnicos, conforme também destacou, houve necessidade de teste de estabilidade por, aproximadamente, três meses: fevereiro, março e abril de 1991;

- que, segundo destacou anteriormente, o número de farmácias no Estado do Rio Grande do Sul ultrapassava a 3000 e que os questionários juntos aos autos, em especial os acusatórios, atingiram o infimo percentual de 3,3% de toda a rede farmacêutica daquele Estado;

- que a juntada nos autos de listagem de vendas realizadas por dois de seus distribuidores - a PRODOCTOR SUL e a de São Paulo - comprova que o mercado se manteve abastecido na alegada fase dos fatos e atos;

- que, no que se refere aos fatos objeto do aditamento à Representação inicial, inexistente prova nos autos da sua prática;

- que não teria razão para reter certos medicamentos, em detrimento de outros, quando o sustentáculo de sua estabilidade plausível e lógica: "a alternatividade de produção, a que se obrigam as indústrias em certas ocasiões, para regular estoques, deste ou daquele produto;

- que, inobstante negue as acusações que lhe são feitas, requer a concessão das prerrogativas que lhe concede o art. 5º do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 36, de 14.02.92, comprometendo-se a fazer cessar a prática de eventual infração, por representante seu ou de suas distribuidoras;

- que, em virtude de não haver cometido infração à ordem econômica, requer o arquivamento do processo.

17. O "Relatório Final" do DNPDE

Em seu "Relatório Final", de 23.07.92 e que integra estes autos às fls. 586/616, o Inspetor-Chefe do DNPDE faz um detalhado histórico sobre as providências adotadas no curso das investigações realizadas, tece considerações sobre o panorama do mercado farmacêutico no Brasil (fonte: IMS - Flash Brasil - publicação de fev.92), indica dados sobre a Representada (faturamento, composição de cotistas) e procede a uma análise dos fatos de que trata este processo, instaurado a partir da constatação de indícios de retenção de medicamentos, em condições de provocar desabastecimento do mercado.

No que se refere ao comportamento da indústria farmacêutico, principalmente no período de 1991/1992, destaca que a política do setor foi no sentido de "aumentar o preço médio do medicamento diminuindo a produção para auferir maior participação no faturamento, com a utilização menor dos fatores produtivos, ou seja, mão-de-obra, matéria-prima e demais custos operacionais" (fls. 598).

Assinala que "em fevereiro e março de 1991, a produção atingiu seus limites históricos mínimos, contribuindo para agravar o desabastecimento de medicamentos que caracterizou este período e gerou esta investigação por parte do DNPDE, para constatar ou não a responsabilidade da Representada".

Informa que a Representada, Prodome Química e Farmacêutica Ltda, é o 9º laboratório em faturamento do mercado brasileiro, fazendo parte do que denomina "Grupo Aché", que é composto, ainda, pelo próprio Laboratório Aché, o 3º em faturamento e a Schering do Brasil, 16º laboratório em faturamento.

Assinala que o chamado "Grupo Aché" responde por 7,67% do faturamento nacional, constituindo-se em líder do setor.

Esclarece, ainda, que, de acordo com a última alteração societária realizada pela Representada - fato ocorrido em 06.11.90 - a Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A detinha 51% das suas cotas (fls. 599).

Mais adiante, ao realizar uma análise dos fatos, a partir da Representação formulada pelo Exmo. Sr. Presidente da República, em exercício, ressalta que, no caso específico da Representada, foram detectados problemas de fabricação e comercialização dos medicamentos SINEMET 250 mg, ALDOMET 500 mg e MODURETIC 50 mg. (fls. 600).

Assim, foi instaurado o presente Processo Administrativo contra a Representada, constando das peças de instauração do processo as diversas Notas Técnicas elaboradas pelo DNPDE, encaminhadas à Representada, com vistas à elaboração de sua defesa (fls. 600/601).

Em continuação, a fls. 603, menciona que, dos medicamentos citados o SINEMET 250 mg não apresentou, no mês de fevereiro de 1991, venda alguma; alcançou, no 1º semestre de 1991, uma média mensal de vendas de 13.259 unidades, 47% menor do que a média de vendas mensal no 1º semestre de 1990 e 57% menor que a média de vendas mensal na totalidade do ano de 1990.

Quanto ao ALDOMET 500 mg, argumentou a Representada que, em virtude de erro na Portaria do DAP/MEFP, o preço ficou defasado, do que resultou a paralisação da venda do medicamento.

Indicam, todavia, os elementos colhidos nos autos, que, em maio de 1991 (quando não houve vendas - fls. 149), dispunha a empresa de quase 300.000 unidades do produto em estoque, mas as vendas realizadas em junho de 1991 somaram, apenas, 76.860 unidades.

Isto, após 4 meses sem vendas, e considerando que, no mês de junho de 1991, a retificação do preço já se dera há 47 dias.

Por fim, no que concerne ao medicamento MODURETIC 50 mg, alegou a empresa problemas técnicos, o que obrigou a paralisação da produção.

Os dados colhidos indicam, também neste caso, que, após 3 meses sem vendas (Fev/mar/abr. de 1991 - fls. 152), a Representada produziu e vendeu abaixo da média mensal do ano de 1990 (fls. 605).

Anota que os resultados de tais práticas se refletem nas constantes reclamações de falta dos produtos, divulgada pela mídia nacional (fls. 04, 187, 238/246, 253/258), inclusive como resultado de levantamentos realizados pela Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania em São Paulo, em setembro de 1991.

Nesta mesma época - prossegue - o Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul, em pesquisa realizada junto a mais de 100 farmácias do Estado, constata a falta generalizada dos medicamentos ALDOMET e MODURETIC (os resultados de tal pesquisa constam de fls. 335/457, destes autos).

Caminhando em sua análise, o Representante do DNPDE assinala, a fls. 607, que, o denominado "Grupo Aché", do qual a Representada faria parte, mantém uma rede própria de distribuidores, denominada Prodoctor, cujas ramificações se estendem por 11 pontos do país.

Reportando-se aos dados compilados pelo Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul - em pesquisa antes referida - ressalta que os pedidos de medicamentos, dirigidos à Prodoctor, tinham o seu atendimento eivado de exigências, tais como quantidade mínima, limitação de vendas, do que resultava o seu não

atendimento ou o atendimento apenas parcial dos mesmos, consequentemente impedindo o regular atendimento aos usuários.

Comenta que o mercado escolhido pode ser considerado como expressivo, uma vez que abrange o 5º Estado da Federação, em termos econômicos, e por evidenciar uma prática com todas as características de ser generalizada, a nível nacional.

Acrescenta, a fls. 609, que diante, de tais fatos novos, "que suscitaram um novo enquadramento legal das condutas descritas nos autos, foi feito um aditamento à peça instauratória inicial".

Mas adiante, a fls. 612, faz ainda, outras considerações sobre a questão da distribuição dos medicamentos da Representada, com ênfase na constatação de que as empresas distribuidoras Prodoctor detêm 99% das vendas da Representada.

E mais: uma vez que, a Representada tem participação no controle de tais distribuidoras, terá o controle absoluto da distribuição dos medicamentos por ela produzidos.

Analisa, a seguir (fls. 613), uma declaração da Representada, às fls. 268 A/269, no sentido de que, na época em que ocorreram os fatos relacionados ao desabastecimento de medicamentos - 1º semestre de 1991 - a comercialização do produto ALDOMET 500 mg se manteve normal, através da sua substituição pelo ALDOMET 250 mg, não se constatando, assim, qualquer prejuízo ao consumidor.

No particular, a única consequência teria sido a extrapolação da venda do medicamento ALDOMET de menor dosagem.

Contesta o Inspetor-Chefe do DNPDE tal assertiva.

E o faz a partir da avaliação dos dados trazidos a fls. 16 dos autos pela própria Representada.

De fato, ali se constata, a partir do exame de um Quadro de evolução produzido e vendido do medicamento ALDOMET 250 mg, no período de janeiro de 1990 a junho de 1991, que a média mensal das vendas no ano de 1990, do citado remédio, elevou-se a 381.201 unidades, tal média se comparada àquela registrada no 1º semestre de 1991 - 379.095 unidades vendidas - acusa um pequeno decréscimo nas vendas do medicamento, no último período referido.

É de se concluir, portanto, que a comercialização do produto não se manteve normal, incorrendo a alegada extrapolação da venda do medicamento ALDOMET de menor dosagem.

Tal fato, por sinal, é corroborado pelo resultado da pesquisa realizada pelo Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no

Estado do Rio Grande do Sul (fls. 335/457), antes mencionadas. Com efeito, é constatável, em um significativo número de depoimentos, que o medicamento ALDOMET 250 mg estava em falta no mercado.

A seguir, menciona-se no relatório, a fls 614, que a Representada, em sua Defesa Final, afirmara que, na denúncia oferecida, omitiu-se a época dos fatos nela narrados, do que resultaria a necessidade de se suprir a lacuna, sob pena de nulidade do ato jurídico (fls. 564).

Todavia, o representante do DNPDE observa, que, nessa mesma Defesa Final, a própria Representada, em passagens várias, reconhece a época em que os fatos ocorreram (v. fls. 568 e fls. 573). Invalida-se, assim, a partir do próprio texto subscrito pela Representada, a argumentação defensiva anteriormente deduzida.

Por último, enfatiza, às fls. 615/616, que a Representada, mesmo paralisando a produção e comercialização dos medicamentos ALDOMET 500 mg e MODURETIC 50 mg, não fez a devida comunicação ao órgão competente do Ministério da Saúde, conforme o exige o art. 13 do Decreto nº 79.094/77.

De fato, no caso do medicamento MODURETIC, a omissão da providência é expressamente atestada pelo Ministério da Saúde (fls. 559); já no que diz respeito ao remédio ALDOMET, não traz a Representada, aos autos, qualquer prova de haver cumprido o aludido dispositivo.

18. O encaminhamento do processo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

Em despacho proferido a 23.07.92, às fls. 617/618, o Sr. Diretor do DNPDE, Dr. Marcos Vinicius de Campos, reconhece exauridas as diligências necessárias para esclarecer as denúncias levantadas neste processo, e conclui pela procedência da Representação formulada contra a Representada, Prodome Química e Farmacêutica Ltda.

E assim o faz, por entender subsistentes, no caso, as ocorrências que determinaram a instauração do processo, ocorrências essas consubstanciadas na prática, por parte da Representada, de fixar artificialmente as quantidades produzidas ou vendidas, de impor quantidades e valores mínimos na comercialização dos medicamentos, de subordinar a venda de um bem à aquisição de outro e de diminuir a produção em condições de provocar escassez dos mesmos, capitulando-as nos incisos, I e VIII do art 3º da Lei nº 8.158/91, no inciso I do art. 1º da Lei nº 8.002/90 e na alínea c, inciso III, do art. 2º da Lei nº 4.137/62.

Destaca, todavia, que a Representada fez cessar as práticas ensejadoras do processo, através da regularização do abastecimento e da inclusão de terceiros para distribuição de medicamentos, do que resulta inexistirem medidas de correção a serem recomendadas.

Tal despacho foi adotado, a 24.07.92, pelo Secretário-Substituto da SNDE, Dr. Luiz Igrejas, conforme consta de fls. 620.

Encaminhou, então, S. Sa. a 24.07.92, cópia do presente Processo Administrativo ao Dr. Procurador-Geral da República, em cumprimento aos disposto no art. 9º, parte final, do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 36, de 14.02.91, e, concomitantemente, encaminhou o processo a este Conselho, para julgamento, como determina o caput do art. 7º, da Lei nº 8.158/91 (fls. 622 e 623, respectivamente).

Distribuído o processo a este relator, conforme sorteio realizado a 30.07.92 (fls. 625), solicitei, nos termos do art. 18 do Regimento Interno do CADE, o parecer do Procurador deste órgão (fls. 626).

20. O parecer do Procurador do CADE

Em seu Parecer de fls. 627/628, datado de 27.08.92, o douto Procurador do CADE, Paulo Gustavo Gonet Branco, sugere, como providência preliminar, que este Processo seja desmembrado, julgando-se, nesta oportunidade, a Representação, tão somente no que diz respeito à retenção dos remédios produzidos pela Prodome.

Isto porque - assinala S. Sa. - de acordo com os dados até então apurados pela SNDE, a exigência de pedido mínimo teria partido da Prodoctor Sul, empresa distribuidora do Grupo Aché e que tem personalidade jurídica própria, independente da Prodome.

Anota, no particular, a referência de fls. 465 dos autos, no sentido de que o tratamento dispensado pelo Grupo Aché às farmácias se faria através do seu braço distribuidor, a Prodoctor, e salienta que, a fls. 608, no relatório Final, reitera-se que a responsável pelos acontecimentos denunciados no Rio Grande do Sul seria a Prodoctor Sul.

Assim, julgar, nesta oportunidade, os acontecimentos que informam o aditamento à representação, seria "emitir juízo sem que o responsável pelos fatos tenha tido oportunidade de se defender"(fls. 630)

No que diz respeito à retenção de remédios pela representada, Prodome Química e Farmacêutica Ltda., contesta o ilustre Procurador o argumento por esta utilizado, no sentido de que a acusação padeceria de

obscuridade, tanto por não mencionar as datas dos fatos relevantes, quanto por não especificar quais remédios teriam sido objeto da conduta tida por ilícita.

No primeiro caso, a crítica não resiste a um simples exame do teor do expediente que deu início ao Processo Administrativo e que foi encaminhado à Representada. Ali se constata que o problema de desabastecimento ocorrera no primeiro semestre de 1991, conforme denunciado pelo Vice-Presidente da República e é minuciosamente descrito na Nota Técnica aprovada pelo Diretor do DNPDE, na qual também se apontam os remédios sonogados à venda.

Além do mais - acrescenta S. Sa. - a censura perde substância, à vista de a empresa haver enfrentado em sua defesa prévia e final, os fatos referentes à Representação.

Refuta, após, a validade jurídica dos argumentos utilizados pela Representada, para a não comercialização do medicamento ALDOMET 500mg, com sustentação no fato de o Departamento de Administração de Preços (DAP) se haver equivocado no editar a Portaria nº 79/91, provocando uma redução no preço devido.

Se a empresa se sentia lesada com o aludido equivoco, "caberia a ela valer-se de outros meios legítimos para se ressarcir do que tinha como prejuízo, não lhe sendo facultado, porém, subtrair o remédio à comercialização."

Não se reconhece à empresa - enfatiza S. Sa. - valer-se de manobras, envolvendo a comercialização dos medicamentos, para, através do pânico instituído no mercado, predispor o governo a uma atitude favorável à política de preços almejada pelo agente.

Contesta, também, o fato de que não teria ocorrido prejuízo para o consumidor, em virtude da possibilidade de se substituir o ALDOMET 500 mg, pelo mesmo remédio na apresentação de 250 mg.

Isto porque, não há fungibilidade perfeita entre medicamentos e, ainda, considerando-se que, de acordo com os dados colhidos nos autos, o aumento das vendas do ALDOMET 250 mg ocorrido no 1º semestre de 1991, em relação ao 1º semestre de 1990, não equivale à redução das vendas do ALDOMET 500 mg.

Anota, depois, a fls. 634, que a irregularidade econômica também se repete com o remédio MODURETIC.

Os autos comprovam o efetivo desabastecimento do mercado, desse medicamento, no período correspondente ao 1º semestre de 1991, fato, aliás, não negado pela Requerida, que, todavia, invoca problemas técnicos para justificar a escassez do produto.

Todavia, a prova pretendida realizar pela Requerida se restringe a um documento encaminhado por outra empresa, em inglês - que bastaria para a sua desqualificação como prova - em que se descreve procedimento técnico para a produção do remédio à base de determinada substância.

Nada ali torna seguro - enfatiza o douto Procurador - "que tenha realmente havido problema com o método corrente de produção do medicamento, nem, tampouco, que o eventual contratempo tenha sido a causa determinante da cessação total da produção e venda do remédio."

"Persiste, pois, a convicção de que a produção e venda do medicamento atendeu ao propósito de pressionar o governo a autorizar aumento de preço", conclui.

Menciona, ainda, o caso do medicamento SINEMET 250 mg, cujo desabastecimento no mercado também é revelado nos autos. Um desabastecimento - enfatiza - provocado pela empresa em não o oferecer.

Por fim, procedendo a uma avaliação geral da matéria, assinala o Procurador, a fls. 637, que a falta de produção e de vendas dos remédios obedeceu ao propósito de majoração de preços, sendo que, no caso do ALDOMET 500 mg, a intenção é explícita.

Quanto aos outros dois medicamentos, tal propósito é inferido face à "inexistência de outra explicação comprovada para o fato e do conhecimento do notório conflito, à época da indústria farmacêutica com o governo, em torno da liberação dos preços dos medicamentos".

Consequentemente, a conclusão do seu parecer é pela procedência da Representação, configurada a prática, pela representada, Prodome Química e Farmacêutica Ltda., de fato previsto na Lei nº 4.137/62, art. 2º, III, c, sem prejuízo da providência sugerida sobre o desmembramento do processo (fls. 638).

Brasília, 29 de outubro de 1992

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

EMENTA: Retenção de medicamentos de uso contínuo e obrigatório para pressionar o aumento ou liberação de preços. Inexistência de elemento probatório, a justificar a paralisação da produção e venda do medicamento. A invocação de equívoco na fixação do preço do remédio não pode justificar a sua subtração ao consumidor. Prática abusiva do poder econômico, assim comprovada nos autos. Procedência da Representação.

1. Consideração inicial

Tendo em vista a Representação formulada a 19.07.91, pelo Exmo. Sr. Presidente da República, em exercício, Dr. Itamar Franco, a Secretaria Nacional de Direito Econômico - SNDE, no uso da competência que lhe foi conferida pelo art. 1º da Lei nº 8.158, de 08.01.91, passou a apurar, através do seu Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica - DNPDE, procedimentos de empresas integrantes do setor farmacêutico, eventualmente caracterizáveis como formas de abuso do poder econômico.

Considerados os termos da Representação, o trabalho de apuração do SNDE/DNPDE objetivou, como ponto de partida, verificar a possível prática, por tais empresas, de desabastecimento de medicamentos, principalmente aqueles de uso contínuo e obrigatório, para pressionar a liberação de preços.

No curso de tais investigações, foi então instaurado este Processo Administrativo contra a Representada, Prodome Química e Farmacêutica Ltda.

As diligências efetuadas pelo DNPDE, as várias manifestações da Representada e a prova documental colhida então devidamente registradas no Relatório que precede esta manifestação de voto.

2. Providência preliminar

Em seu bem lançado parecer de fls. 627/638, o ilustre Procurador do CADE, Paulo Gustavo Gonet Branco, sugere, como providência preliminar, o desmembramento deste Processo Administrativo, de modo que se julgue, nesta oportunidade, a Representação, tão somente naquilo que se refere à denúncia de retenção de remédios produzidos pela Prodome, devendo as práticas, que ensejaram o aditamento à peça instauratória, ser levadas ao conhecimento de quem por elas se responsabiliza juridicamente (fls. 629).

A oportuna sugestão decorre do fato de que, no transcorrer das providências de apuração adotadas pelo DNPDE, neste processo, foram detectados, no setor específico da distribuição de medicamentos, indícios de procedimentos abusivos outros, não capitulados na peça inicial da denúncia, tais como, imposição de quantidades e valores mínimos na venda de medicamentos, exigência de aquisição de medicamentos não solicitados, limitação de vendas.

Sucedem que tais procedimentos teriam resultado da atuação direta da sociedade Prodoctor Sul Produtos Farmacêuticos Ltda., identificada nos autos como distribuidora dos medicamentos produzidos pela Prodome no Estado do Rio Grande do Sul, bem como daqueles fabricados pela Aché - Laboratórios Farmacêuticos S/A, havendo ainda, nos autos, informações de que se trata de uma rede própria de sociedades distribuidoras, com ramificações que se estendem por diversos pontos do País.

Veja-se, no particular, a referência constante da Nova Técnica do DNPDE, a fls. 465:

"... solicitei a juntada do ofício e demais anexos de 29 de agosto de 1991, do Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul, que realizou pesquisa formal junto a seus associados (mais de 100 consultas, na segunda quinzena de agosto/91), sobre o tratamento dispensado pelo Grupo Aché às farmácias, evidentemente através de seu braço distribuidor, a Prodoctor"

(grifei)

Reporto-me, em complemento, aos documentos constantes de fls. 335/457, nos quais consta, em quase sua generalidade, a menção à Prodoctor, como a distribuidora dos medicamentos no Estado do Rio Grande do Sul.

Por dispor de personalidade jurídica própria, que não se confunde com a da Prodome, a Prodoctor, como é curial, responde juridicamente pelos autos que pratica.

Todavia, neste Processo Administrativo, não lhe foi conferida a oportunidade de defesa, um direito que lhe é constitucionalmente assegurado (art. 5º, inciso LV).

Consideradas devidamente tais razões, acolho, integralmente, a sugestão de autoria do ilustre Procurador do CADE, para que se proceda ao desmembramento deste processo, fazendo-se com que as peças relativas àqueles fatos que deram origem ao aditamento à Representação (ocorrido em conformidade com o doc. de fls. 467/468), sejam retornadas à SNDE/DNPDE, para adoção das providências cabíveis, as quais, por certo, não excluem a apuração da eventual responsabilidade, no caso, também da Prodome ou de outra empresa produtora de medicamentos.

Conforme, ainda sugerido no parecer do Procurador do CADE, deverão permanecer, nestes autos, cópias dos documentos resultantes da pesquisa realizada pelo Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul, eis que neles há elementos

que indicam o desabastecimento, no mercado, de medicamentos produzidos pela Representada.

Fica, portanto, para fins de julgamento, nesta oportunidade, delimitado o objeto deste Processo Administrativo, e é, a partir de tal delimitação, que tem sequência esta declaração de voto.

3. Análise da argumentação defensiva da Representada, à luz dos elementos constantes dos autos

Em sua defesa final, às fls. 564/575, a Representada reitera argumentos anteriores e acrescenta outros, os quais, ao seu entender, comprovam não haver ela cometido qualquer infração à ordem econômica, o que justificaria o arquivamento do processo.

Em caráter preliminar, levanta a questão de que a peça acusatória se resente de amparo jurídico, por deixar de especificar as datas ou mesmo a época dos fatos configuradores das supostas infrações disciplinares. E acrescenta que tal omissão se constitui em cerceamento de defesa (fls. 564/565).

Todavia, do exame dos autos, verifica-se que a própria Representada, em diversas passagens, demonstra estar perfeitamente ciente da época em que os fatos relevantes ocorreram.

Veja-se, por exemplo, que, a fls. 568, a Representada afirma:

"Se nos parece, a época dos alegados fatos só pode ser a da representação inicial do Exmo Sr. Presidente da República, Dr. Itamar Franco, de 19.07.91, conforme se infere às fls. 1, do relatório nos autos".

E, mais adiante, a fls. 573.

"Pelo expressivo volume de vendas do fabricante a apenas dois de seus distribuidores ... conforme comprovam as listagens computadorizadas, fica cabalmente comprovado que o mercado varejista se manteve abastecido e normal na alegada época dos fatos e atos". (grifei).

Aliás, de outra forma não poderia ser, eis que, desde o início da apuração, foi encaminhada à Representada documentação esclarecedora quanto aos fatos objeto da denúncia, e, por evidente, das datas ou época da sua ocorrência.

Menciona-se, por exemplo, o teor do documento de fls. 161, endereçado à Representada, quando da instauração deste Processo Administrativo. Ali consta, expressamente, que, para fins de defesa prévia, foram anexadas cópias da Representação, da Nota Técnica e do despacho que determinou a instauração do processo.

E, uma simples leitura da aludida Nota Técnica (fls. 163/166), revela que ali há referência, com detalhes, à época em que ocorreram os fatos relevantes - 1º semestre de 1991 -, aos medicamentos cujo desabastecimento foi detectado (SINEMET 250mg, ALDOMET 500mg e MODURETIC 50mg), a par de detalhada análise da sua produção e comercialização no período indicado.

A inconsistência do argumento mais se patenteia, quando se constata que, em suas diversas intervenções no processo, inclusive quando da apresentação da sua defesa prévia (fls. 225/230) e defesa final (fls. 564/575), a Representada, à toda evidência, deduziu seus argumentos a partir do conhecimento de tais dados.

Pelas mesmas razões, fica prejudicada a segunda preliminar argüida pela Representada, quando faz alusão à falta de precisão da denúncia, quanto aos medicamentos cujo desabastecimento ensejou a instauração do processo (fls. 566).

Portanto - ao contrário do que afirma a Representada - em todas as fases, neste processo, foram-lhe sempre assegurados contraditório e ampla defesa, cumprindo-se, assim, em sua plenitude, o disposto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

Bem expressivo, a esse respeito, é o fato constatável de que, em boa medida, as análises efetuadas pelo DNPDE tiveram, como ponto de partida, os elementos fornecidos pela própria Representada, conforme está registrado, por exemplo, a fls 145.

No mérito, a Representada reitera, em sua defesa final, os argumentos de defesa anteriormente deduzidos, nestes autos.

Tais argumentos serão a seguir analisados.

3.1 - A fls. 573, argüi a Representada que o expressivo volume de vendas realizado por apenas dois de seus distribuidores, em consonância com as listagens computadorizadas, demonstra, cabalmente, que o mercado varejista se manteve abastecido e normal, na alegada época dos atos e fatos.

E, mais adiante, indaga:

"Porque a Representada reteria certos medicamentos em detrimento de outros, quando o sustentáculo da sua estabilidade econômica são as vendas?"

para, em seguida, esclarecer:

"A esta pergunta, só existe uma explicação plausível e lógica, a alternatividade de produção, a que se obrigam as indústrias em certas ocasiões, para regular estoques, deste ou daquele produto". (fls. 574)

Todavia, os elementos, dados estatísticos e informações que foram trazidos a estes autos, inclusive, em boa medida - reitere-se - pela própria Representada, contradizem, de maneira frontal, tais afirmativas, e apontam firmemente para o desabastecimento, no mercado, dos seguintes medicamentos de uso contínuo e obrigatório:

- ALDOMET 500mg (um antihipertensivo puro)
- SINEMET 250mg (um antiparkinsoniano)
- MODURETIC 50mg (íntegra, dentre outras, as seguintes classes terapêuticas: antidiabéticos orais; anticoagulantes não injetáveis; antihipertensivos puros, neurolégicos, antiparkinsonianos, anticonvulsionantes) (fls. 312).

A análise de tais dados e informações, tal como realizada neste processo, considerando cada um desses medicamentos, sob o aspecto de produção e comercialização, no período que ocorreram os fatos relevantes, ou seja, no 1º semestre de 1991, é mesmo muito significativa nesse sentido.

Por isso mesmo, inobstante o que já consta dos autos, inclusive às fls. 144/152, entendo que não será demasiado destacar os seguintes aspectos:

- Medicamento Sinemet - 250mg
 - os números que informam o documento de fls. 151 indicam uma produção de 175.167 unidades do medicamento, no 1º semestre de 1990, enquanto as vendas totalizaram, no período, 150.581 unidades. Já no 1º semestre de 1991, a produção não ultrapassou 115.938 unidades, enquanto as vendas limitaram-se a 79.557 unidades.
 - uma análise comparativa de tais dados revela que, no 1º semestre de 1991, houve uma redução da ordem de 34% na produção do medicamento e de 47% nas suas vendas;
 - outra constatação importante é a de que a média mensal de vendas, no 1º semestre de 1991, foi 55% inferior àquela ocorrida no ano de 1990 (fls. 151);

- acrescente-se que, no final do ano de 1990, a Representada manteve um estoque de 55.303 unidades do produto, enquanto que no ano de 1991, dispunha, até o mês de junho, de um estoque de 35.381 unidades, perfazendo um total de 91.684 unidades;

- todavia, no mês de junho de 1991, as vendas não ultrapassaram 19.888 unidades, cabendo anotar que a média mensal de vendas, no 1º semestre de 1990, elevou-se a 25.096 unidades;

- o anexo de fls. 151 revela, também, que nos meses de abril, maio e junho houve paralisação total da produção do medicamento e no mês de fevereiro não se realizaram vendas;

- por outro lado, os dados encaminhados pela Representada, que estão a fls. 233 dos autos, e que indicam a evolução da produção e comercialização do remédio, nos anos de 1987, 1988 e 1989, demonstram que, no mês de agosto de 1991, a quantidade de unidades vendidas somou 29.976 unidades, retomando, portanto, o valor da média mensal de vendas, no anos de 1990, o que indica que o mercado estava desabastecido, configurando-se, claramente, um quadro de demanda reprimida.

Em suma, a análise desses dados indica que houve, por parte da Representada, retenção de estoques, paralisação de produção por três meses, redução substancial nas vendas desse medicamento.

- Medicamento Aldomet - 500mg

- os dados que constam dos documentos de fls. 148/149 revelam que, nos meses de fevereiro, março, abril e maio de 1991, a comercialização do medicamento foi totalmente paralisada;

- a empresa alega, em sua defesa, que houve um erro na Portaria nº 79, de 07.02.91, do Departamento de Administração de Preços, órgão do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, do qual resultou substancial redução no preço do medicamento (fls. 08);

- mesmo considerando tal fato - por sinal objeto de retificação a 13.05.91 - é importante destacar que, em janeiro de 1991, a Representada mantinha, em estoque, 104.848 unidades; como em meses seguintes - março e abril - foram produzidas 188.000 unidades, acumulou-se um estoque de 292.848 unidades, uma vez que, como se disse acima, a Representada nada vendeu nos meses de fevereiro a maio de 1991;

- entretanto, o total de vendas no mês de junho de 1991 não ultrapassou a 76.860 unidades (reafirme-se que o indicado equívoco na Portaria já havia sido corrigido desde 13.05.91). Esse total de vendas equivale a 45% da média mensal de vendas realizadas no ano de 1990 e é também inferior à média mensal de unidades vendidas no 1º semestre de 1990, que atingiu 121.415 unidades (fls. 149).

- é importante destacar, ainda, que o número de unidades vendidas, no 1º semestre de 1990, elevou-se a 728.493 unidades, enquanto que, no 1º semestre de 1991, não ultrapassou 225.490 unidades.

- refletindo tal quadro, os dados que se encontram no documento de fls. 232, e que registram a evolução da produção e comercialização do medicamentos nos anos de 1987 a 1989, indicam que, nos meses de julho e agosto de 1991, as vendas somaram 162.960 unidades e 256.550 unidades, respectivamente, o que demonstra que o mercado se encontrava desabastecido, havendo forte demanda reprimida, também neste caso.

Em síntese, no 1º semestre de 1991, a Representada, durante 04 meses, paralisou totalmente as suas vendas, embora dispusesse de elevado estoque para tal fim, e no mês de junho, encontrando-se o mercado fortemente desabastecido, reteve também estoques do medicamento em quantidade apreciável.

- Medicamento Moduretic - 50mg

- os elementos informativos do documento de fls. 152 registram que, nos meses de fevereiro a abril de 1991, a Representada paralisou totalmente, a produção e venda do medicamento;

- como consequência de tal procedimento, a quantidade de unidades produzidas no 1º semestre de 1991 não ultrapassou 1.024.479 unidades, enquanto que, no 1º semestre de 1990, elevou-se a 2.086.581 unidades; de outra parte, no 1º semestre de 1991, venderam-se, apenas, 1.009.396 unidades, enquanto que, no 1º semestre de 1990, as vendas se elevaram a 2.065.066 unidades do medicamento;

- é plenamente constatável, portanto o desabastecimento do medicamento, no 1º semestre de 1991, como resultado da total paralisação de sua produção e comercialização, durante três meses daquele período;

- a Requerida, a título de explicação por tal desabastecimento, que, anteriormente a janeiro de 1991, vários lotes de produção desse remédio foram rejeitados pelo controle de qualidade da empresa, devido a problemas técnicos com um dos seus ingredientes ativos (fls. 08). Tal alegação será analisada, mais adiante.

3.2 - Assim sendo, ao contrário do que afirma a Representada, havia à toda evidência, um quadro generalizado de desabastecimento no mercado, dos medicamentos de uso contínuo e obrigatório indicados, ocorrido em época correspondente ao 1º semestre de 1991. Tal desabastecimento, como também indicam os dados analisados, resultou de procedimentos da Representada, que consistiram na paralisação total ou parcial da respectiva produção, o mesmo ocorrendo com a sua comercialização, registrando-se retenção de estoques em quantidade apreciável.

Os resultados de tais práticas se patenteiam nas constatadas reclamações de falta dos produtos indicados, amplamente divulgadas pela imprensa, inclusive em decorrência de levantamentos realizados, à época, pela Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania em São Paulo (fls. 04, 187, 238/246, 253/258). Veja-se, no particular, o descompasso entre medicamentos pedidos e recebidos, às fls. 236/240.

De outra parte, o Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul, em pesquisa, aqui referida, realizada à época dos fatos relevantes, junto a mais de 100 farmácias daquele Estado, revelou a falta generalizada dos medicamentos ALDOMET - 500mg e MODURETIC - 50mg (fls. 335/457).

Comentando o assunto, o Inspetor-Chefe do DNPDE enfatiza que se trata de um mercado expressivo, eis que abrangendo o 5º Estado da Federação em termos econômicos, anotando, ainda, que as práticas adotadas, pela Representada, reúnem todas as características de generalização, em nível nacional (fls. 609).

3.3 - Enfocando, agora, a matéria sob o aspecto da distribuição dos medicamentos, cumpre, de logo, reiterar a ressalva feita no item 2 desta manifestação de voto, no sentido de que tal questão deverá ser objeto de apuração específica pelo SNDE/DNPDE, em processo próprio.

Isto porque, como ali se ressaltou, os indícios de práticas abusivas, de outra natureza, dizem respeito à atuação - ao menos de forma direta - da distribuidora Prodoctor, que tem personalidade jurídica própria (v. fls. 538/539), que não se confunde, por evidente, com a da PRODOME.

Todavia, ao menos a título de ilustração, não seria razoável abstrair-se, nesta oportunidade, o fato de que as eventuais práticas abusivas, praticadas junto às farmácias, por certo teriam contribuído para agravar o quadro de desabastecimento dos medicamentos de que trata este processo, o que não condiz com o argumento invocado pela Representada, quanto à inexistência de pedidos desatendidos.

Transcrevo, nesse sentido, oportuna observação da parte do Representante do DNPDE:

"Vemos pelos dados compilados ... que os pedidos existem, mas como são dirigidos à Prodoctor e eivados de exigências, tais como quantidade mínima, limitação de vendas dos medicamentos, além da presença inconstante dos vendedores, fazem com que os mesmos não sejam atendidos, ou somente parcialmente atendidos ou que sejam atendidos com excessiva mora, conseqüentemente impedindo o regular fornecimento aos usuários" (fls. 609)

3.4 - Por certo que a Representada, Prodome Química e Farmacêutica Ltda., invoca razões outras, que, a seu ver, justificariam as práticas identificadas neste processo.

3.5 - Assim, no caso do medicamento SINEMET - 250mg, alega a inexistência de pedidos em carteira (fls. 269).

Os números levantados, nestes autos, são, todavia, suficientemente expressivos para comprovar a improcedência dessa simples e vaga referência.

Basta que se verifique que, no mês de agosto de 1991, quando a Representada se predispôs a normalizar o abastecimento desse remédio, a quantidade de unidades vendidas quase igualou, de logo, aquela correspondente à média mensal de vendas no ano de 1990, o que é um seguro indicador de que o mercado se encontrava fortemente desabastecido sendo, por certo, despropositado, falar-se em inexistência anterior de pedidos desatendidos (fls. 151 e 233).

3.6 - Quanto ao medicamento ALDOMET - 500mg, a Representada afirma que ficara impossibilitada de realizar a respectiva comercialização, nos meses de abril e maio de 1991, em face de equívoco na publicação da Portaria governamental nº 79, de 07.02.91, do qual resultou uma redução de 70% no preço devido, só corrigido em junho de 1991.

Na verdade, conforme se constata dos levantamentos que compõem o documento de fls. 149 (elaborado a partir de informações recebidas da Representada - ver referência de fls 145), a comercialização do medicamento foi totalmente paralisada nos meses de fevereiro, março, abril e maio de 1991; por seu turno, o indigitado equívoco na Portaria do Ministério da Economia Fazenda e Planejamento foi objeto de retificação em 13.05.91 (D.O.U., Seção I, pg. 8.977/8.978).

Mesmo considerando o equívoco referido, os elementos colhidos nestes autos comprovam que a Representada dispunha de estoques elevados nos meses de paralisação total das vendas, e só se preordenou a reativar a comercialização em junho de 1991, assim mesmo em quantidade equivalente a 45% da média mensal de vendas no ano de 1990 (fls. 146, 148 e 149).

No particular, o documento de fls. 10 comprova, de forma inequívoca, que a paralisação da comercialização do medicamento citado resultou de atitude deliberada da Representada. Veja-se que, no aludido documento, endereçado do Departamento de Abastecimento e Preços (DAP), a Representada declara, textualmente:

"Aguardamos com urgência a correção ora solicitada, pois esse equívoco causará transtornos na comercialização do produto. De nossa parte, estamos suspendendo a venda do mesmo, até que o erro seja corrigido, para evitar

maiores problemas no relacionamento com intermediários e consumidores". (grifei)

Reporto-me, aqui, por sua absoluta pertinência ao fato, a trecho do parecer emitido pelo ilustre Procurador do CADE:

"Se a empresa se sentia lesada com o invocado equívoco na fixação do preço do medicamento, cabia a ela valer-se de outros meios legítimos para se ressarcir do que tinha como prejuízo; não lhe era facultado, porém, subtrair o remédio à comercialização". (fls 633).

3.7 - Ainda com referência ao desabastecimento do medicamento ALDOMET - 500mg, assegura a Representada que, no período que se viu compelida a paralisar a sua venda, não sofreu o consumidor qualquer prejuízo, eis que houve a substituição pelo ALDOMET - 250mg. Assim, a única consequência, no caso, teria sido a extrapolação da venda do medicamento ALDOMET de menos dosagem (fls. 571).

Os elementos de prova, que integram estes autos, não se harmonizam, todavia, com tal assertiva.

Efetivamente, como observa, com propriedade, o Inspetor-Chefe do DNPDE, a documentação fornecida pela Representada, a fls. 16 dos autos, e que retrata um quadro de evolução do volume produzido e vendido do medicamento ALDOMET - 250mg, no período de janeiro de 1990 a julho de 1991 indica, ao contrário, um pequeno decréscimo nas vendas do produto de menor dosagem.

De fato, constata-se do exame do citado documento, que a média mensal de vendas do medicamento, no ano de 1990, elevou-se a 381.201 unidades, a qual, é ligeiramente superior à média mensal de vendas no 1º semestre de 1991, que representou 379.095 unidades (fls. 613/614).

Examinando também o assunto, o Procurador do CADE destaca que não procede a arguição da Representada, quanto à inexistência de prejuízo ao consumidor, não somente porque a fungibilidade entre medicamentos não é perfeita, como também, pelo fato de que, do exame das tabelas de fls. 16 e 17, é possível concluir que o aumento de vendas do ALDOMET - 250 mg, no 1º semestre de 1991, em relação ao 1º semestre de 1990, representou, apenas 13,3% (2.274.574 unidades contra 1.973.476 respectivamente).

E, tal volume não equivale à redução verificada nas vendas do ALDOMET - 500 mg (728.493 unidades no 1º semestre de 1990 e 255.490 unidades, no primeiro semestre de 1991) - fls. 634.

Observa, por seu turno, o Inspetor-Chefe do DNPDE, que a análise dos dados compilados do levantamento realizado pelo Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul indica que, um número significativo de depoimentos inclui o medicamento ALDOMET - 250mg, como em falta no mercado, à época dos fatos relevantes (fls. 335/457).

3.8 - Quanto ao medicamento MODURETIC 50 mg, justifica a Representada o seu desabastecimento, em decorrência de problemas técnicos com um dos seus ingredientes ativos, o que teria demandado a aplicação de procedimentos alternativos, a exigir testes de estabilidade por um período aproximado de 03 meses (fls. 08/09 e 572).

A esse propósito, juntou a Representada cópias de documentos, redigidos em inglês, nos quais uma outra empresa descreve procedimentos técnicos para a produção do medicamento, à base de determinada substância (fls. 13/15).

Avaliando tal argumentação, o ilustre Procurador do CADE assim se manifesta:

"... à alegação do problema técnico, a empresa tão-somente agregou uma cópia de comunicação com outra firma - em inglês, sem tradução oficial, nem muito menos livre (fls. 13/15). Bastaria essa circunstância para desqualificar o documento como meio de prova: afinal, a língua pátria é a única admitida em processos oficiais como este".

Para concluir:

"Ainda que assim não fosse, o documento trazido pela defendente simplesmente descreve o procedimento trilhado para a produção do remédio à base de determinada substância. Nada ali torna seguro que tenha realmente havido problema com o método corrente de produção do medicamento nem, tampouco, que o eventual contratempo tenha sido a causa determinante da cessação total da produção e venda do remédio.

A escusa da força maior não reúne condições de ter o seu mérito discutido, à falta de qualquer comprovação hábil dos fatos que a sustentariam." (fls. 635/636)

3.9 - Por fim, não se pode deixar de registrar que, inobstante haja a Prodome Química e Farmacêutica Ltda, paralisado, totalmente, a produção dos medicamentos SINEMET - 250 mg, nos meses de abril, maio e junho de

1991; do remédio MODURETIC - 50mg, nos meses de janeiro, março e abril de 1991 e de haver cessado, totalmente, a comercialização do ALDOMET - 500mg, nos meses de fevereiro, março, abril e maio de 1991, deixou de fazer a devida comunicação ao órgão competente do Ministério da Saúde.

Descumpriu, assim, frontalmente, o disposto no art. 13 do Decreto nº 79.094, de 05.01.77, que assim se inscreve:

"As empresas que desejarem cessar a fabricação de determinada droga ou medicamento, deverão comunicar esse fato ao órgão de vigilância sanitária competente do Ministério da Saúde com antecedência mínima de 180 (cento e oitenta) dias."

Anote-se que a omissão de tal providência está expressamente comprovada, nestes autos, no que se refere ao medicamento MODURETIC, através de informação encaminhada pela Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária (fls. 559); quanto aos demais medicamentos, não fez a Representada, como lhe competia, a comprovação de que a providência fora adotada.

4. A comprovação de prática abusiva do poder econômico, por parte da Representada, assim capitulada na legislação de regência

Em face da análise realizada no item anterior deste documento, que considerou a argumentação defensiva da Representada, à luz dos elementos constantes dos autos, entendo comprovados os seguintes fatos:

- em período correspondente ao 1º semestre de 1991, o mercado apresentou um quadro geral de desabastecimento dos medicamentos de uso contínuo e obrigatório SINEMET - 250mg, ALDOMET - 500mg e MODURETIC - 50mg, produzidos pela Representada;

- tal desabastecimento resultou de procedimentos da Representada, que consistiram na paralisação total ou parcial da produção de tais medicamentos, o mesmo ocorrendo com a respectiva comercialização, registrando-se considerável retenção de estoques;- a escassez desses bens de consumo provocou, por evidente, grave demanda reprimida por parte de segmento do mercado consumidor dos citados medicamentos essenciais;

- a argumentação defensiva, invocada pela Representada, não se conforma com a prova por ela pretendida realizar, não restando demonstrada a existência de óbices técnicos ou de outra natureza, que efetivamente obrigassem a Representada a reduzir, drasticamente, ou mesmo paralisar, por inteiro, a produção e comercialização dos medicamentos considerados. Enfatize-se que, deixar de produzir bem de que a população necessita, dispondo de insumos, matéria prima e equipamento, equivale a reter

indevidamente o produto e talvez seja mesmo, uma face mais perversa de tal procedimento, pois, por evidente, inviabiliza a eventual desapropriação do produto final;

- uma vez que não se pode deixar de reconhecer que o sustentáculo de estabilidade econômica de uma indústria são as suas vendas - e a Representada assim o afirma, textualmente, às fls. 574 - a prova colhida nos autos não autoriza outra conclusão, senão a de que a motivação do procedimento da Representada se prendeu à questão dos preços dos medicamentos. Um comportamento caracterizável como abusivamente especulativo, tendente a sensibilizar o governo, através de crise instaurada no mercado, a ceder aos seus desígnios de aumento ou liberação de preços, visando, assim, a obter a margem de lucro que estimava adequada;

- veja-se que, no caso específico do medicamento ALDOMET - 500mg, a intenção de pressionar o governo era explícita, sendo que, no concernente aos dois outros medicamentos - bem o assinala o Procurador do CADE, a fls. 637 - esse propósito se infere da inexistência de outra explicação comprovada para o fato;

- corrobora tal conclusão, a circunstância de que, no período em que ocorreram os fatos relevantes, era notório o inconformismo do setor farmacêutico com a política de preços adotada pelo governo, do que resultou, por exemplo, a própria Representação que deu origem a este processo. Não se pode abstrair, também, o fato de os julgamentos, até então realizados pelo CADE, virem reconhecendo uma generalizada prática abusiva de retenção de medicamentos, naquele período. Anote-se que tal inconformismo se revela, ainda, nas declarações da própria Representada, às fls. 08/09;

- é muito significativo, também, o fato de que a retomada, em níveis normais, da produção e comercialização dos medicamentos de uso contínuo e obrigatório, houvesse ocorrido de uma forma geral, no setor, a partir dos meses de julho e agosto de 1991, época coincidente com a Representação da Presidência da República e a conseqüente interferência, no processo, da SNDE/DNPDE, e, mesmo com a quase concomitante edição da Portaria nº 156, de 19.08.91, do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, que reajustou os preços dos produtos farmacêuticos, inclusive daqueles de que trata o processo;

- tal constatação evidencia, uma vez mais, que a paralisação da produção e comercialização dos medicamentos essenciais decorreu de uma atitude deliberada da Representada, de uma manobra especulativa, enfim, eis que inexistiam obstáculos comprovados, de qualquer natureza, que a obrigassem a adotar tal medida. Reitere-se que, ao paralisar a produção de medicamentos, a Representada também descumpriu, frontalmente, o disposto

no art. 13 do Decreto nº 79.094, de 05.01.77, que obriga se faça a comunicação de tal paralisação ao órgão competente do Ministério da Saúde, com antecedência mínima de 180 (cento e oitenta) dias.

Assim sendo, a comprovação dos fatos, tal como aqui constatada, não me deixa dúvida quanto à ilicitude do procedimento da Representada.

E, face à natureza dos procedimentos adotados, dos objetivos visados, e das circunstâncias em que os fatos relevantes ocorreram, entendo perfeitamente caracterizada, no caso, a prática abusiva do poder econômico, na forma prevista no artigo 2º, inciso III, alínea c, da Lei nº 4.137, de 10.09.62, verbis:

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

III - provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços, por meio de:

c - retenção em condições de provocar escassez de bens de produção ou de consumo;

Em seqüência, farei algumas referências que entendo pertinentes, com vista a um mais completo entendimento da matéria em exame.

Reporto-me, em primeiro lugar, a uma oportuna observação de autoria do Procurador do CADE, que se inscreve às fls. 637/638, e que diz respeito à possibilidade de ocorrência de abuso do poder econômico, também com produtos que tenham o seu preço controlado pelo governo (como ocorria no 1º semestre de 1991).

A tal respeito, transcreveu S.Sa. os termos de parecer emitido no Processo Administrativo nº 12/91, e cujas características guardam perfeita relação com as destes autos:

"Cumpre deixar claro que o abuso do 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 de 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. 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 da

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 artil direcionado à especulação".

Outro aspecto, que julgo importante enfocar, é aquele concernente às especificidades da indústria farmacêutica e a adoção de práticas abusivas.

No particular, o eminente Conselheiro do CADE, Marcelo Monteiro Soares, ao proferir os seu voto no Processo Administrativo nº 19/91, julgado recentemente pelo CADE, destacou que a indústria farmacêutica é caracterizada, pelos estudiosos do mercado, como pertencente à concorrência imperfeita, denominada "oligopólio diferenciado".

Nesse tipo de oligopólio - enfatiza S. Sa. - a concorrência de preços não é uma política utilizada com habitualidade; o esforço competitivo se concentra na publicidade, promoção de vendas, modificações ou inovações do produto.

Esta característica de atuação publicitária faz com que a classe médica e os consumidores estabeleçam escalas de diferenciação ligadas a hábitos e marcas, vindo a preferir mais firmemente um a outro produto, configurando-se a fidelidade à marca ou ao próprio produto.

Considerado tais fatos, anota S. Sa.: "Os consumidores de determinado produto passam a se identificar de tal forma com os mesmo, que se recusam a adquirir outras marcas ou produtos sucedâneos, particularmente marcas novas e desconhecidas".

Em uma tal estrutura, determinadas empresas, produtoras de bens indispensáveis, se podem colocar em posição privilegiada e dominante no mercado, passando a adotar práticas abusivas, face à dependência de determinado segmento do mercado aos seus produtos.

Em seqüência, uma palavra sobre a questão da ética da empresa.

E, nesse sentido, não se pode deixar de mencionar que a adoção de procedimentos abusivos, como aqueles constatados nestes autos, não se harmoniza com a postura ética que deve nortear a atuação de uma empresa produtora de bens que dizem com valor tão significativo, como o é da saúde da população.

E, no caso presente, tal questão assume aspectos particularmente graves, eis que abrange a produção e comercialização de três medicamentos necessários, que foram deliberadamente subtraídos do consumidor.

Veja-se que, no caso do medicamento ALDOMET - 500mg, a Representada decidiu paralisar a sua produção, em face de um invocado erro em Portaria governamental.

E, todavia - enfatiza o Procurador do CADE, às fls. 632/633 - "a indústria farmacêutica, quando se propôs a desenvolver atividade industrial e comercial, envolvendo a saúde da população, aceitou o compromisso moral de conferir o devido relevo a esse valor tão elevado. Nada justifica que deste faça uso, arriscando-o, no esforço por lucros que estime mais adequados, nos seus embates com o governo."

Adite-se que a prova dos autos não confirma a assertiva da Representada, de que não haveria prejuízo para o consumidor, eis que o remédio de dosagem menos (ALDOMET - 250mg) estaria disponível. Efetivamente, a quantidade oferecida deste medicamento não supria o desabastecimento do ALDOMET - 500mg, como o comprovam as informações e dados estatísticos levantados.

As irregularidades econômicas, na forma detalhadamente avaliada no item anterior deste documento, também ocorreram com os medicamentos MODURETIC - 50mg e SINEMET - 250mg, sendo que, as justificativas invocadas pela Representada, igualmente não se harmonizam com a prova que consta do processo.

Por fim, um enfoque constitucional da matéria.

E, no particular, o Procurador do CADE, em parecer lançado no Processo Administrativo nº 20/91, após invocar o § 4º do art. 173 da Constituição Federal, verbis:

"A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vier à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros."

destaca que tal dispositivo não limita a atuação do legislador; estabelece sim, o núcleo da lei que vier a regular o tema do abuso do poder econômico.

Observa, ainda, ao analisar situação que se identifica com aquela de que trata o presente processo, que o Laboratório visava, com o seu procedimento, a obter a margem do lucro que estimava adequada; e que, o aumento de lucro, assim objetivado, seria arbitrário.

Arbitrário, porque "discordante da remuneração do capital investido que o governo, à vista de considerações de ordem econômica e social, tinha como justa naquele instante".

5. Conclusão de voto

Considero este processo suficientemente instruído, reunindo, portanto, condições adequadas de julgamento.

Nesse sentido, os elementos informativos colhidos nos autos, como resultado das diligências realizadas pela SNDE/DNPDE, as análises e avaliações do seu corpo técnico, os pronunciamentos do seu setor jurídico, não me deixam dúvida quanto à tipificação, no caso, de prática abusiva do poder econômico, de responsabilidade da Representada, Prodome Química e Farmacêutica Ltda.

Com efeito, conforme destacado anteriormente, toda a prova constante deste auto leva à conclusão de que a Representada exerceu especulação abusiva, com o fito de promover a elevação temporária ou liberação de preços, através da retenção de medicamentos de consumo contínuo e obrigatório, em condições de provocar escassez no mercado. Buscava, enfim, através de crise instaurada no mercado, sensibilizar ou pressionar o governo a ceder a seus desígnios.

Tal procedimento, que a lei condena, está expressamente capitulado no art. 2º, inciso III, alínea c, da Lei nº 4.137, de 18.09.62 - antes transcrito - como uma das formas de abuso do poder econômico.

Destaque-se, que, tendo em vista o disposto no art. 23 da Lei nº 8.158 de 08.01.91, foram mantidas as normas definidoras de ilícitos constantes da citada Lei nº 4.137, assim como de outros diplomas legais relativos a práticas de abuso do poder econômico.

Assim sendo, e, em face das considerações, razões, e conclusões expostas nesta manifestação de voto, bem assim acolhendo, em todos os seus termos e fundamentos, o Parecer do ilustre Procurador do CADE (fls. 627/638), o meu voto é pela procedência da Representação.

Em consequência, a penalidade cabível é a multa, assim prevista no art. 43 da Lei nº 4.137/62, com a redação introduzida pelo art. 4º da Lei nº 8.035, de 27.04.90, única sanção cabível na espécie, eis que o processo nos dá notícia de que a prática ilícita não perdura (fls. 617/618).

Multa que fixo em Cr\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de cruzeiros), em conformidade com a Resolução nº 02, de 21.10.92, do CADE, publicada D.O.U. de 26.10.92, seção I, pg. 14.966, e que deverá ser recolhida pela Representada, no prazo máximo de 10 (dez) dias, após a publicação da decisão do CADE.

Na fixação da multa - cujo valor se contém entre os limites legalmente determinados - embora considerando a gravidade do procedimento da Representada, ao deliberadamente desabastecer o mercado de três

medicamentos de uso contínuo e obrigatório, não deixei de levar em conta a transitoriedade da prática abusiva.

Reitero, por fim, seja adotada a providência de desmembramento do processo, tal como indicada no item 2 desta manifestação de voto.

Brasília, 29 de outubro de 1992

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

O presente processo administrativo refere-se a denúncia de retenção de remédios produzidos pelo Laboratório Prodome Química e Farmacêutica Ltda., que ocorreram no 1º semestre de 1991. Na época em que ocorreram os fatos relevantes, os medicamentos cujo desabastecimento foi detectado foram os seguintes: SINEMET 250 mg, ALDOMET 500 mg e MODURETIC 50 mg, conforme registra a Nota Técnica do DNPDE/SNDE, às 163/166 dos autos.

Pode-se verificar nos autos, e traduzidos de forma irrefutável no bem lançado VOTO do I. Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, que ao contrário do que afirma a Representada, nas preliminares argüidas na sua defesa, em todas as fases do processo ora em julgamento, foram-lhe sempre assegurados contraditório e ampla defesa, cumprindo-se, assim, em sua plenitude, o disposto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. E isso pode ser constatado pelas análises efetuadas pelo DNPDE, que tiveram como base, os elementos fornecidos pela própria Representada.

No mérito o I. Conselheiro Relator demonstra de maneira clara que a defesa da Representada não se sustenta. Fica evidente que os elementos, dados estatísticos e informações que foram trazidos aos autos, em grande parte, pela própria Representada, contradizem, de maneira frontal, tais afirmativas, e apontam firmemente para o desabastecimento, no mercado, dos medicamentos anteriormente citados, que passarei a citar a seguir:

a) SINEMET - 250mg - Os dados estatísticos de produção e venda do medicamento, no 1º semestre de 1991, indica que houve, por parte da Representada, retenção de estoques, paralisação de produção e redução significativa nas vendas. Vide fls. 5/6 do Voto do Relator.

b) ALDOMET - 500mg - Houve de maneira deliberada, uma paralisação, durante 4 meses, no 1º semestre de 1991, nas vendas do produto, embora dispusesse a Representada de elevado estoque para tal fim. Houve ainda no

mês de junho daquele ano uma apreciável retenção de estoques do medicamento em questão.

Vide fls. 6/7 do VOTO do Relator.

c) MODURETIC - 50mg - Os dados constantes nos autos (fls. 152), demonstram que no período de fevereiro a abril de 1991, a Representada paralisou, totalmente, a produção e venda do medicamento. Essa paralisação de produção e comercialização provocou um cruel desabastecimento do medicamento no 1º semestre de 1991.

Concluo dessa forma, que ao contrário do que afirma a Representada, havia no 1º semestre de 1991, um quadro generalizado de desabastecimento no mercado dos medicamentos de uso contínuo e obrigatório indicados. O referido desabastecimento, conforme retratam os dados analisados, resultou de procedimento da Representada, que consistiram na paralisação total ou parcial da produção, o mesmo ocorrendo com a comercialização, registrando-se retenção de estoques em quantidade apreciável. Essa situação foi muito bem retratada pela pesquisa realizada pelo Sindicato de Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Rio Grande do Sul (fls. 335/457), corroboradas pelas constantes denúncias de desabastecimento amplamente divulgadas pelos meios de comunicação do país, e de forma especial pelos jornais de maior circulação.

Quero destacar ainda no fundamentado VOTO do I. Conselheiro Relator, às fls. 13, quando alerta que:

"é muito significativo, também, o fato de que a retomada, em níveis normais, da produção e comercialização, dos medicamentos de uso contínuo e obrigatório, houvesse ocorrido, de uma forma geral, no setor, a partir dos meses de julho e agosto de 1991, época coincidente com a Representação da Presidência da República e a consequente interferência, no processo, da SNDE/DNPDE, e, mesmo com a quase concomitante edição da Portaria nº 156, de 19.08.91, do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, que ajustou os preços dos produtos farmacêuticos, inclusive daqueles de que trata o processo".

Com efeito, estou convencido que a paralisação da produção e comercialização dos medicamentos essenciais mencionados, decorreu de uma atitude deliberada da Representada, através de uma manobra especulativa abusiva, que não deixa dúvida quanto a ilicitude do procedimento. Tal procedimento, que a lei condena, está expressamente capitulado no art. 2º,

inciso III, alínea c, da Lei nº 4.137, de 18.09.62, como uma das formas de abuso do poder econômico.

Manifesto-me assim, em consonância como parecer do I. Procurador do CADE (fls. 627/638), pelo desmembramento deste Processo Administrativo, de modo que se julgue, nesta oportunidade, a Representação, tão somente naquilo que se refere à denúncia de retenção de remédios produzidos pela Prodome, devendo as práticas, que ensejaram o aditamento à peça instauratória inicial, ser levadas ao conhecimento de quem por elas se responsabiliza juridicamente (fls. 629).

Assim sendo, e, em face das considerações, razões, e conclusões expostas, o meu VOTO é pela procedência da Representação. Razão pela qual acompanho integralmente o VOTO do I. Conselheiro Relator, e de maneira especial com a fixação da multa arbitrada em CR\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de cruzeiros), considerando a gravidade do procedimento da Representada, ao deliberadamente desabastecer o mercado, dos medicamentos de uso contínuo e obrigatório acima mencionados, levando em consideração ainda a transitoriedade da prática abusiva.

Brasília-DF, 29 de outubro de 1992

José Matias Pereira

VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD

Acompanho o bem lançado voto do ilustre Conselheiro-Relator Carlos Eduardo Vieira de carvalho. A conduta abusiva praticada pela Representada é flagrante , pois nenhum fato econômico ou jurídico se apresenta para justificar a retenção dos estoques dos medicamentos em questão ou a paralisação da respectiva fabricação.

A Representada utilizou-se, sem dúvida, de expediente espúrio para forçar o aumento de preço pelo órgão governamental competente.

Correto, pois , o enquadramento da conduta da Representada no inciso III, alínea c, do art. 2º da Lei nº 4.137/62, pelo que inafastável se torna a repressão mediante a aplicação da multa no valor arbitrado pelo ilustre conselheiro Relator CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO.

Acompanho o voto do ilustre relator no tocante, ainda, à baixa à SDE da documentação constante dos autos, relativa a práticas abusivas outras que não aquela prevista no art. 2º, III, c, da Lei nº 4.137/62.

Se os autos dão conta de condutas abusivas praticadas por outros agentes econômicos, estes devem ser identificados e chamados a responder o competente processo administrativo, nos termos da Lei nº 8.158/91.

É o meu voto.

Neide Teresinha Malard

VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES

As informações constantes dos autos comprovam que o mercado foi desabastecido no 1º semestre de 1991, verificando-se quedas expressivas tanto no volume produzido, quanto nas unidades comercializadas, registrando-se, também, a retenção de estoques os medicamentos Sinemet - 250 mg, Aldomet 500 m e Moduretic - 50 mg por parte do Laboratório PRODOME QUÍMICA E FARMACÊUTICA LTDA.

Em nenhum momento a Representada negou tais fatos, tendo apenas levantado a ocorrência de problemas técnicos par explicar a escassez dos referidos produtos, sem , no entanto, justificá-la.

De igual modo, a alegada ocorrência de problemas no processo produtivo não foi comporvada pela empresa, como causa determinante da escassez do medicamento em nenhuma oportunidade.

Por outro lado, ficou evidenciado o descompromisso da Representada com os consumidores dos seus produtos, quando, em expediente ao DAP/MEFP, ao solicitar a correção da portaria de reajustes de preços, informou que estava suspendendo a venda do ALDOMET 500. A cessação da produção, como bem observou o Conselheiro relator, citando o Decreto n º79.094, de 05.01.77, deve ser precedida de comunicação ao Ministério de Saúde, com 180 dias de antecedência, fato que não se verificou.

Acresce-se a essas ocorrências, o fato de no período condiderado ter ocorrido pequena redução nas vendas do produto ALDOMET-250 mg que, segundo o Laboratório PRODOME, poderia substituir o ALDOMET-500.

Cumprе ressaltar que o mesmo após o reajuste de preços autorizado pelo DAP/MEFP, corrigindo o equívoco verificado na Portaria nº 79, a Representada colocou no mercado, em junho de 1.991, somente 76.860 unidades, volume este que corresponde a apenas 45% da média mensal de vendas verificado no 1º semestre de 1.990, embora dispusesse 104.848 unidades em estoque.

Entendo, portando, que está suficientemente comprovada nos autos a prática da especulação abusiva com o propósito de promover a elevação temporária dos preços imputada à Representada.

Manifesto-me igualmente de acordo com o desmembramento do Processo Administrativo julgando-se, neste momento, os fatos que dizem respeito a retenção dos medicamentos capitulados na peça inicial da denúncia.

Por estas razões, acompanho o bem elaborado Voto do ilustre Relator, Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, no sentido de julgar procedente a Representação.

Este é o meu voto.

Marcelo Monteiro Soares

Recurso Administrativo no Processo Administrativo nº 13/91

Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Recorrente: Prodome Química e Farmacêutica Ltda.

Objeto: Pronunciamento preliminar sobre a matéria, solicitado pelo Chefe de Gabinete do Ministério da Justiça

Este recurso foi interposto pela empresa farmacêutica de decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica que a condenou à multa de CR\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de cruzeiros) por retenção de medicamentos de uso contínuo e obrigatório. Considerou-se violado o art. 2º, III, "c", da Lei nº 4.137/62.

O recurso visa ao reexame do julgamento do CADE, desenvolvendo censuras de forma e de mérito.

Em um primeiro instante, pretende a recorrente que o processo não deveria ter ido a julgamento pelo CADE, por força do estatuído no art. 5º do Decreto nº 36, de 14.02.91.

O argumento não conta chance de êxito.

Diz a norma:

"Se o agente, reconhecendo a procedência da representação ou do procedimento de ofício, compromete-se a fazer cessar a prática da infração, a SNDE suspenderá o processo pelo prazo que julgar conveniente, findo o qual determinará o prosseguimento ou o arquivamento, conforme a conduta do agente".

Basta compulsar os autos para observar que em momento algum a empresa reconheceu a procedência da acusação de desabastecimento, de retenção proposital de estoques de remédios ou de suspensão indevida de produção, com finalidade especulativa. Ao contrário, em todas as suas intervenções nos autos, buscou demonstrar que, se falta houve dos medicamentos, o problema não poderia ser carreado à sua responsabilidade.

Evidentemente, isso não é reconhecimento da procedência da representação ou do procedimento de ofício.

O ato referido no Decreto nº 36/91 corresponde ao reconhecimento do pedido de que fala o art. 269, II, do Código de Processo Civil. Aqui, quem assume tal comportamento, confirma os fatos alegados contra si e - mais do que isso - concorda com a juridicidade do que alega o seu adversário (cf. Humberto Theodoro Júnior - Curso de Direito Processual Civil. Rio. Forense. 1986, col. 1, pp. 347-348 e Moacyr Amaral Santos - Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. São Paulo. Saraiva, 1983, vol. 2, p. 107). opoente.

A recorrente, portanto, que nunca admitiu a sua responsabilidade legal pelos fatos de que foi acusada, não preenche os pressupostos da norma constante do decreto mencionado para os efeitos que pretende atingir.

Por outro lado, ainda que o agente econômico tivesse reconhecido a procedência da denúncia, nos termos previstos na norma do Decreto nº 36/91, não poderia deixar de ser penalizado.

O art. 43 da Lei nº 4.137/62 dispõe que, proclamado um ato como abusivo do poder econômico, o CADE fixará multa ao agente. A lei não faz da imposição da pena uma faculdade aberta ao CADE, mas um imperativo. A aplicação da multa não é um mero poder, mas aquilo que, em Direito Administrativo, se chama de um poder-dever. A propósito, Hely Lopes Meirelles esclarece:

"O poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo. Nem se compreenderia que uma autoridade pública - um Governador, por exemplo - abrisse mão de seus poderes administrativos, deixando de praticar atos de seu dever funcional. O poder do administrador público, revestindo ao mesmo tempo o caráter de dever para a comunidade, é insuscetível de renúncia pelo seu titular"(Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, RT, 1991, p.85).

Está evidente que, verificando o CADE a existência de um abuso econômico, não lhe é dado deixar de multar o infrator. Ainda que a empresa tivesse reconhecido a falta e sustado a sua conduta ilegal, a multa seria

devida, porque a lei não prevê que, em tal caso, a sanção deixe de ter pertinência. A regra do art. 5º do Decreto nº 36/91 não se presta ser interpretada de modo a se admitir que o reconhecimento da procedência da representação suste a exigibilidade da multa - sob pena de se conferir entendimento a uma norma infra-legal contraposto ao que comanda a lei que deveria regulamentar.

Anote-se, outrossim, que o art. 6º da Lei nº 8.158/91 não prevê o reconhecimento do ilícito como causa de extinção do processo no rol das hipóteses autorizadoras de arquivamento no âmbito da SDE.

Estranha a recorrente, ainda, que a Secretaria de Direito Econômico não tenha formulado recomendação, na forma do art. 7º da Lei nº 8.158/91. Não o fez, porém, porque a situação abusiva que ensejara o processo não se prolongou até o instante do relatório final daquela secretaria. Isso não obstava, está claro, à remessa do feito ao CADE para julgamento.

Não se justifica, tampouco, a surpresa da recorrente pelo fato de o CADE ter mantido cópia nos autos de alguns documentos que também podem vir a ser úteis para a instrução de novo processo a ser aberto na SDE. Não se vislumbra o motivo de perplexidade da recorrente com essa decisão do Plenário, de natureza tão singela e curial.

No mais, as razões do recurso não inovam os tópicos submetidos ao escrutínio do órgão judicante deste Ministério.

Reporto-me aos fundamentos do parecer de fls. 627/638 e de acórdão impugnado (fls. 645/691), suficientes para revelar a insubsistência das críticas da recorrente.

Brasília, 19 de novembro de 1992.

Paulo Gustavo Gonet Branco

