

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 17

REPRESENTANTE: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

REPRESENTADA: LABORATÓRIOS PFIZER LTDA

DECISÃO

Por unanimidade, os membros do Conselho decidiram pela procedência da Representação, por fato capitulado no art. 2º, item III, letra "c", da Lei nº 4.137/62, estipulando a multa de Cr\$ 210.000.000,00 (duzentos e dez milhões de cruzeiros), a ser recolhida pela Representada no prazo de 03 (três) dias úteis, a partir da publicação da Decisão no Diário Oficial da União.

Plenário do CADE, 16 de junho de 1992.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro Relator

CARLOS EDUARDO DE CARVALHO - Conselheiro

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

Fui presente:

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO - Procurador

PARECER DO PROCURADOR

O processo administrativo foi aberto para apurar possível abuso de poder econômico, cometido pelo Laboratório Pfizer, consistente na fixação artificial das quantidades vendidas e produzidas do remédio Diabinese, caixa de 100 comprimidos (250 mg) - remédio de uso contínuo e obrigatório para os diabéticos - durante o primeiro semestre de 1991.

O processo dá conta de pesquisa de mercado que indica que a procura do medicamento durante aquele período, embora se mantivesse em níveis relativamente constantes se comparada com outros anos, esteve em evidente descompasso com a oferta pelo Laboratório. A pesquisa abrangeu os principais distribuidores de medicamentos e importantes drogarias.

Concluiu a Secretaria Nacional de Direito Econômico que a empresa encontra-se incurso no art. 2o., III, "c", da Lei n. 4.137/62.

O processo cumpriu o seu trâmite e, na defesa final, a defendente levanta uma série de argumentos que tem por alvo ora a validade formal do processo administrativo, ora a falta de mérito de imputação de abuso do poder econômico.

A empresa argui a nulidade do processo administrativo. Fala que a representação subscrita pelo Presidente da República em exercício não identifica a defendente como representada nem especifica a conduta autorizada da abertura de processo administrativo.

A nulidade não existe. O processo administrativo para apuração do abuso do poder econômico, segundo a sistemática implantada pela Lei n. 8.158/91, pode ser deflagrado tanto de ofício quanto por provocação de qualquer interessado. A Secretaria Nacional de Direito Econômico, portanto, agiu legitimamente ao instaurar o processo administrativo diante do comunicado do Presidente da República em exercício, acrescido dos dados que apurou e que conduziram à conclusão de que o Laboratório defendente participara de ações reprováveis.

É irrelevante que da mensagem do Presidente da República não constasse, especificamente, o nome da empresa defendente. A Secretaria Nacional de Direito Econômico tem competência para instaurar de ofício o procedimento em causa e o fez, notificando a empresa sob investigação, para que se manifestasse sobre os fatos relevantes. Anote-se, mais, que a conduta, objeto do projeto, foi bem delineada. A nota técnica que refere e detalha o memorando do Presidente da República, não deixa margem de dúvida acerca do que a empresa deve defender-se. Tanto isso é verdade que o Laboratório, em todas as oportunidades que compareceu ao processo, não deixou de, não sem brilho, buscar descaracterizar a hipótese caracterizadora de abuso a que se refere o feito.

Alega a empresa, ainda, que o processo administrativo teve início precoce, uma vez que suprimida a fase investigadora prevista no Decreto n. 36/91.

Sem mérito a censura neste passo. O Decreto n. 36/91 apenas repisa os termos da lei, descrevendo os diversos momentos da apuração dos fatos ensejadores de punição pela Lei n. 8.158/91. O procedimento relativo à defesa prévia, referido nos arts. 2o. a 5o. do Decreto de 1991, não constitui, ao contrário do que supõe a defendente, fase pré-processual. O início do prazo para prestar esclarecimento e apresentar defesa prévia ocorre, conforme se deduz de modo nítido da leitura integral dos dispositivos da Lei n. 8.158/91 e do Decreto n. 36/91, após a abertura do processo administrativo. Este é instaurado tão logo a Secretaria Nacional do Direito Econômico toma

conhecimento de fato que, em tese, pode vir a configurar ilícito econômico. Surge então a oportunidade de a empresa defendente demonstrar a desvalia da denúncia. A vista dessa defesa prévia, a Secretaria Nacional do Direito Econômico poderá arquivar de plano o feito ou, como no caso destes autos, persistindo a possibilidade de se ver configurada hipótese de abuso punível, dar seguimento ao processo.

A defesa prévia, assim, deve ser feita no processo - e nem haveria de ser diferentemente, sob pena de uma duplicação desnecessária de procedimentos, criando-se um "processo informal" seguido de outro "formal", repetindo este certos instantes de *iter* daquele. Uma tal situação - repita-se, não prevista na lei - afrontaria até mesmo o objetivo da legislação vigente sobre a repressão do abuso do poder econômico, que prossegue a rapidez na apuração dos fatos e nas decisões administrativas pertinentes.

Não há dizer, tampouco, que a abertura do processo administrativo possa vir a prejudicar a imagem da empresa. Ao contrário, sabendo-se que o processo administrativo é aberto diante da mera perspectiva em tese de ocorrência de fato caracterizador de abuso de poder - e não diante de irrefutáveis evidências neste sentido -, o processo, em si, não tolda a boa fama de quem a ele responde. O efeito, na verdade, é inverso; o processo oferece a oportunidade de a empresa demonstrar ao público a sua lisura, neutralizando a repercussão que a denúncia motivadora do processo possa ter suscitado.

O momento investigatório foi realizado perfeitamente dentro do que estabelece a lei - vale dizer, no bojo do processo administrativo.

A defendente se insurge contra o que chama de "cerceamento de defesa", consistente na recusa pelo DNPDE de produzir provas requeridas pelo Laboratório. Agrega que o órgão não teria competência para assim agir.

Tampouco aqui a crítica ao processo administrativo impressiona.

O DNPDE é o órgão integrante da Secretaria Nacional de Direito Econômico, a que se comete dirigir a instrução dos feitos em cursos na Secretaria. A Lei n. 8.158/91 criou novo método para a condução dos processos administrativos referentes a hipóteses de abuso do poder econômico. Ao contrário da sistemática que vigia até então, não mais cabe ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica a apuração de fatos. O Conselho exerce atividades restritas ao julgamento de processos já instruídos pela Secretaria Nacional de Direito Econômico. A ela - e aos seus órgãos - atribui-se a tarefa de apurar os fatos, de colher provas. A Secretaria Nacional de Direito Econômico, portanto, exerce todos os poderes de direção do processo até o momento em que este é remetido ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica para o julgamento. É curial que entre esses poderes de direção de processo se inclui aquele saneador, consistente em indeferir

providências dilatórias, irrelevantes para o desfecho do processo. Dessa prerrogativa valeu-se o DNPDE legitimamente.

Com efeito, às fls. 324/325, a empresa, em março de 1992, postulou que o DNPDE solicitasse aos fornecedores de Diabinase que indicassem as quantidades pedidas e recebidas do medicamento nos últimos 18 meses, com vistas a averiguar se eles não estariam formando estoques. Pediu que os fornecedores fossem compelidos a apresentar cópias de todas as ordens de compra do medicamento. Requereu, ainda, a realização de estudos do "mercado relevante", buscando-se saber da "disponibilidade de produtos substitutivos ao Diabinase".

Correta a resposta negativa do DNPDE à solicitação da empresa. Diz, o órgão às fls. 357:

"A representada, notificada a especificar provas requeridas na defesa prévia, solicitou providências que de alguma forma já constam do corpo do processo ou se buscadas não alterariam o fulcro da questão. Citamos, por exemplo, o requerimento da comprovação documental dos pedidos formulados à Representada (pelos distribuidores e clientes) mediante apresentação de cópias de todas as ordens de compra ou documento equivalente. Ora, se a representada informa que, às vezes, efetua vendas por telefone não registrando o pedido, mas o fornecido, torna-se, assim, a comprovação prejudicada". (fls. 357)

No processo há informações pelos maiores distribuidores de medicamentos firmando, com dados contábeis, o descompasso entre a oferta do produto e a sua procura. A prova persiste boa enquanto a defendente não demonstra, ela própria, a sua inanidade. Cabe a ela tal ônus. Observe-se que a empresa poderia fornecer os seus próprios dados contábeis, para investir contra a credibilidade das informações prestadas pelos distribuidores de remédios, e não o fez. Correto, portanto, o indeferimento da diligência solicitada, cuja indispensabilidade para o exato deslinde da controvérsia não se evidenciou.

Por outro lado, a pesquisa sobre se haveria outros remédios substitutos ao Diabinase era de fato inútil. O processo não está ordenado a saber se a falta do Diabinase foi suprida por outro medicamento. Tudo quanto se apura é a ocorrência da supressão ao público do remédio fabricado pelo

Laboratório defendente, com finalidades repudiadas pela lei de defesa econômica.

Por acréscimo. é oportuno ver que a fungibilidade do Diabinese pelos outros remédios indicados pelo defendente como análogos não é perfeita.

Alega a defendente que o Diabinese pode ser substituído pelos produtos Daonil e Minidiab, fabricados por outros laboratórios.

A composição dos três remédios não é idêntica. O Diabinese consiste na cloropropamida. O Minidiab é composto de Glipizida. O Daonil, de Glibenclamida (cf. Dicionário de Especialidades farmacêticas, Rio, Jornal Brasileiro de Medicina 88/89). Além disso, segundo a mesma publicação, os remédios têm apresentação distintas e a dosagem recomendada não é semelhante. Ainda, quanto ao Daonil, o bulário adverte:

"A substituição de outros antidiabéticos por Daonil (...) deve realizar-se sob controle metabólico, baseado em exames laboratoriais da glicemia e glicosúria".

Todos os três remédios são vendidos contra prescrição médica. Isso significa que, durante o período de retenção da oferta do Diabinese, o consumidor não poderia simplesmente dirigir-se à drogaria e solicitar um outro remédio para os mesmos fins do Diabinese. Dependeria para tanto de retornar ao seu médico, a fim de consultá-lo sobre a mudança, que poderia fazer-se problemática, conforme já se observou.

Estas circunstâncias ressaltam que a fungibilidade da droga produzida pelo Laboratório defendente não era tão dilatada a ponto de a cessação do fabrico do produto não causar tumulto para o consumidor e para a economia. Ao contrário, a modificação no nível de produção do remédio - que goza de ampla preferência dos consumidores, conforme as estatísticas de sua posição no mercado constante dos autos - estava vocacionada a causar alarme e transtornos, como de fato se deu. A providência tendia a sensibilizar as autoridades governamentais para a eventual necessidade de flexibilização na política de preços para aquele bem. A redução do nível de produção do remédio, com as características que o produto ostenta, era hábil para a realização de propósitos especulativos. Era capaz de produzir lesão no bem jurídico protegido pela legislação protetora da sociedade contra o abuso do poder econômico.

Sobre a existência do descompasso entre a produção do medicamento e a procura do mesmo não há se ter dúvida. A Secretaria

Nacional de Direito Econômico em diversas oportunidades, nestes autos, revela, com apoio em dados estatísticos fidedignos, a realidade do problema. Não descaracteriza o abuso do poder econômico o fato de o Laboratório, após reuniões no Ministério da Justiça, ter regularizado a produção no segundo semestre do ano de 1991. Depois, portanto, de já ter sido sentido o problema no primeiro semestre daquele ano.

Em outra linha de argumento, a defendente sustenta que o art. 2º., III, "c", da Lei n. 4.137/62, estaria revogado pela Lei n. 8.137/90. Esta erige condutas de sonegação de bens a tipo penal. Entende a representada que absorveu a norma referida pela SNDE, sob pena de indevido "bis in idem".

Os princípios da teoria geral do direito não dão suporte à tese.

A lei de 1990 mencionada não "regula inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior", como quer ver a defendente. Antes, torna mais grave a conduta de que cuida o legislador de 1962, lançando-se também no âmbito do interesse da Justiça criminal. Isso de modo algum significa que o dispositivo de 1962 tenha perdido vigência; tão-somente o bem jurídico que se via protegido por regras punitivas de caráter cível tem agora a sua proteção reforçada por normas de natureza penal.

Não há dupla punição indevida pelo mesmo fato; há punições de natureza diversas. Observe-se, ainda, que a punição pelo tipo da lei de 1962 é de ordem administrativa, enquanto a outra, a criminal, não pode deixar de ser de ordem judiciária. O princípio da independência das instâncias administrativas e judiciária admite pacificamente a convivência de ambas as sanções.

Cumpra deixar claro, outrossim, que o abuso de poder econômico pode também ocorrer com produtos que tenham o seu preço controlado pelo governo. O propósito de realizar manobras especulativas conducentes a elevação de preços não se exclui simplesmente pela circunstância de a elevação do preço do produto depender do consentimento de órgãos governamentais. Pressões podem ser realizadas, pelas empresas, valendo-se do seu poderio econômico e afetando a vida econômica do país, tendentes a forçar a autorização de aumento de preços que não se daria de outra forma. O modo como se reage à política de preços impostos pelo governo, se é perpetrado com abuso da posição dominante da empresa no mercado, capitula infração repelida pela legislação protetiva das corretas relações econômicas. Os outros 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 de empresa de voluntariamente reduzir a sua produção, quando não ocorrem circunstâncias peculiares que imponham a medida, a não ser como artilhagem direcionada à

especulação. Nos autos, a defendente não demonstra circunstância nenhuma determinante da queda da produção, durante o período crítico, que arrede o intento especulativo.

Afirma a empresa que "em apenas um mês, vítima de uma paralização temporária do maquinário utilizado na industrialização do Diabinese, por defeito que demandou reforma na estufa da produção e preso a reserva de inventários para atender a compromissos com a CEME, não esteve o Representado em condições normais de fabricação e venda do produto" (fls. 379).

Alega, mais, que imediatamente depois desse período crítico a situação se normalizou. As fls. 200, diz que, após os acontecimentos de março de 1991, "o retorno da comercialização dentro dos padrões médios dos últimos meses já ocorreu no subseqüente mês de abril do mesmo ano."

Os fatos não parecem corroborar essas assertivas.

Os vários mapas estatísticos dos autos revelam que a defasagem entre quantidade oferecida pelo Laboratório e o requerido pelo consumo não se limitou ao mês de março de 1991. As fls. 89/90, demonstra-se que a produção de fevereiro e de abril de 1991, por exemplo, foi sensivelmente menor do que em igual período do ano anterior. Da mesma forma, as vendas de fevereiro, de abril e de maio foram significativamente inferiores às realizadas em igual período em 1990.

Impossível, outrossim, recusar o bom senso à SNDE quando nega força persuasiva à defesa do laboratório nestes termos:

"Sugere-se que tenha havido um 'comprometimento' entre a Pfizer e a CEME para a produção de sal básico (Clor Propamida), de modo que tenha sido desviada para esta a produção destinada ao consumidor em geral.

A CEME às fls. 294 em Telex, de 26.11.91, enviado a este DNPDE afirma:

'A Central de Medicamentos somente colocará seus pedidos para serem licitados neste exercício de 1991, no dia 28 próximo, não tendo havido nenhum processo licitatório durante o presente ano'.

Se não houve processo licitatório de compra de sal básico (Clor Propamida) no ano de 1991, não pode ter havido 'a reserva de inventários para atender compromissos com a CEME'.

Acrescente-se que a empresa defendente não fez prova da obrigação de fornecer os remédios da forma como alega que estava vinculada.

Acerca do argumento dos problemas de maquinário como causa da queda de produção, vale repetir que o problema do nível de produção já se dera antes ter ocorrido o enguiço alegado, bem assim depois do mês de março de 1991, quando a empresa, na sua defesa, pretende que a situação estivesse normalizada. A par disso, é oportuno destacar com a SNDE:

"(...) veiculou-se o problema operacional que (...) inutilizou três dos quatro compressores em operações na Unidade de Síntese Orgânica.

Qualquer unidade industrial mantém equipamentos de reserva para serem utilizados exatamente nestas ocasiões. Não é procedimento normal, nem aconselhável, que se utilizem todos os equipamentos na operação."(fls 407).

Sugere a empresa, em nova linha de raciocínio, que o elemento intencional na conduta abusiva deve ser provado para caracterizar a infração à lei.

Tenho por certo que, conforme visto, este elemento está demonstrado.

De outra parte, que a retenção nas vendas e na produção tenha produzido escassez no mercado do produto é evidente e notório. As várias tabelas constantes dos autos o confirmam. A situação se tornou ainda mais crítica diante da inexistência de produtos perfeitamente homogêneos que garantissem a fungibilidade do medicamento considerado.

Além do mais, escassez, por ser temporária, não deixa de o ser.

Por outro lado, a capitulação dos fatos propugnada pela SNDE não destoa do § 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 está a estabelecer 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 naquelas 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 ótima da lei fundamental" (Direito Constitucional. Coimbra, Almedina, 1987, p. 164).

Esse princípio da força normativa da Constituição desautoriza ver nas condutas mencionadas no § 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 desafia o bom senso. Além disso, os bens jurídicos 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 § 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, no caso dos autos haveria considerar que o laboratório, com o seu procedimento, visava a um aumento arbitrário de lucros.

A empresa com o seu procedimento esperava influenciar o governo a permitir elevação de preços, de modo a que pudesse obter a margem de lucro que estimava adequada. Pretendia, 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.

Parece-me, assim, patente a ocorrência de infração à ordem econômica, tal como antevisto pela SNDE.

A prática do comportamento sob censura, entretanto, já foi sustada, de modo que a única sanção cabível é a multa do art. 43 da mesma Lei n. 4.137/62. Sugiro que na fixação da multa seja considerada a potencialidade nociva do procedimento adotado pela empresa em matéria que diz com a saúde da população, bem assim o fato de que o Laboratório se comprometeu a regularizar a comercialização do produto, fazendo-o adequadamente, alguns poucos meses depois da fase mais aguda do problema.

Por último, e em face do que revelam estes autos a respeito de problemas, coincidentes no tempo, de desabastecimento de remédios de uso obrigatório fabricados por diferentes laboratórios, sugiro que se recomende à SNDE que esteja atenta ao setor, com vistas a prevenir ocorrências outras, repelidas pela legislação sobre práticas prejudiciais à economia.

Brasília, 14 de maio de 1992.

Paulo Gustavo Gonet Branco

RELATÓRIO do Conselheiro Relator

I - INTRODUÇÃO

1. Através de expediente datado de 19 de julho de 1991 (fls. 01), o Exmo. Sr Presidente da República, em exercício, Dr. Itamar Franco, representou junto ao Ministério da Justiça, sobre o desabastecimento de alguns medicamentos de uso contínuo e obrigatório, por parte de diversos laboratórios, com o objetivo, segundo alega, de provocar a liberação geral dos preços. Recomendou ao Ministério da Justiça que fossem tomadas as providências necessárias, pela Secretaria Nacional de Direito Econômico, visando a imediata normalização do mercado.

1.1. A citada representação deu origem a este processo administrativo, instaurado contra os Laboratórios PFIZER Ltda., por despacho do Sr. Diretor do Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica, publicado no Diário Oficial da União, de 19.08.91, pág. 16825 (fls. 100).

1.2. Imputa-se ao Representado, durante o primeiro semestre de 1991, a prática das condutas abusivas do poder econômico, previstas no art. 2º, alínea a, in fine, da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991 - fixação artificial das quantidades vendidas ou produzidas e, no art. 2º, inciso III, alínea c, da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962 - retenção, em condições de causar escassez, de bens de produção ou de consumo.

O medicamento que estaria sendo objeto da conduta abusiva praticada pelo Representado é o DIABINESE 250 mg., pertencente à classe terapêutica dos antidiabéticos orais.

1.3. Notificado da instauração do processo administrativo, o Representado prestou esclarecimentos, ofereceu defesa e juntou documentos, conforme se verifica às fls. 198/204. Nega a fixação artificial da produção do DIABINESE, 250 mg., alegando que em nenhum momento houve retenção do produto, tendo ocorrido uma redução circunstancial no volume de vendas (do produto), DEVIDO A VENDA À CEME E A PARALIZAÇÃO DO MAQUINÁRIO POR DEFEITO.

1.4. Os argumentos oferecidos na defesa prévia bem como os esclarecimentos prestados pelo Representado foram considerados insuficientes pelo Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica-DNPDE, conforme consta do Relatório de fls. 349/358, seguindo-se a intimação do Representado para oferecimento de defesa, na forma do art. 6º., alínea b, da Lei nº 8.158/91.

1.5. A defesa encontra-se às fls. 361/381. Os argumentos de fato oferecidos, os mesmos da defesa prévia, e as razões de direito aduzidas foram rebatidas no Relatório Final (fls. 382/415), mantido o enquadramento da conduta do Representado nos dispositivos legais no art. 2º, inciso III, alínea c, da Lei nº 4.137/62 e remetido pela SNDE o processo ao CADE, na forma do art. 7º da Lei nº 8.158/91.

II - DESCRIÇÃO DAS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS NO ÂMBITO DO DNPDE/SNDE

2. Para um melhor entendimento das providências adotadas nas fases anteriores citadas, destaco, com base nas informações e dados contidos nos autos, as seguintes providências adotadas pelo DNPDE/SNDE:

2.1. Em decorrência da reunião promovida pela SNDE com diversos laboratórios farmacêuticos, em 22.07.91, onde o setor reconheceu alguns problemas de queda de produção, foram solicitados pelo DNPDE dados específicos aos Laboratórios PFIZER Ltda., sobre os produtos de uso contínuo e obrigatório por ele fabricado.

2.2. Detectou-se, na análise dos dados, que o medicamento DIABINESE 250 mg. apresentava distorções de vendas, principalmente no mês de março de 1991, que representava menos de 10% da média histórica mensal de 1990 (considerando as vendas, em média/mês, foram de 118,8 mil caixas, em 1990, e baixaram abruptamente para 8,3 mil caixas/mês, no mês de

março de 1991, conforme consta no quadro I fornecido pelo Representado). (fls. 146).

2.3. Em 08 de agosto de 1991, o Representado enviou seu Diretor-Presidente para uma reunião na SNDE, cujos pontos principais destaco a seguir:

- Que o processo de fabricação de medicamentos leva cinco meses, já que alguns dependem da matéria-prima importada;
- Que o DIABINESE é um medicamento de uso contínuo, produzido pela empresa, em falta nas farmácias;
- Que houve acréscimo significativo na demanda do produto, pelo fato de a CEME ter deixado de distribuir produto similar, provocando defasagem entre produção e demanda;
- Que os substitutos potenciais do DIABINESE são o DAONIL da HOESCHT e o MINIDIAB da ERBA;
- Que a média mensal histórica é de 100.000 unidades;
- Que o laboratório assumia o compromisso de atender satisfatoriamente a demanda, colocando em agosto de 1991, 129.000 unidades do medicamento no mercado.

2.4. Em 12 de agosto de 1991, o Representado enviou correspondência ao DNPDE, confirmando os dados levantados na reunião de 08 de agosto de 1991, acrescentando:

- Que o Representado, em reunião em fevereiro de 1991, acertou com a CEME a intenção de compra por parte desta de 8.000.000 comprimidos de Clorpropamida (DIABINESE), compra não realizada, apesar de haver sido feita reserva dos estoques para tal fim;
- Que a reserva dos seus inventários para a CEME deu-se por problemas apresentados pelos equipamentos que impediam um adicional na produção;
- Que além da reforma na estufa da produção, havia o impedimento da produção de "salmoura" para manter em plena produção o setor de síntese orgânica, onde se produz a CLORPROPAMIDA, devido a problema técnicos em três dos quatro compressores;
- Que foi utilizado, no intervalo da desativação dos compressores, o nitrogênio líquido na síntese orgânica, inviável pelo seu alto custo econômico;
- Que após o desinteresse da CEME, voltou o Representado a atender o mercado, com um pequeno ativo, devido a diferenciação nas embalagens;
- Que diante das reclamações de desabastecimento, aumentou o quadro de funcionários e agilizou a distribuição;

- Que apesar do prejuízo na produção, o Representado afirma que o abastecimento tem sido regular, dentro da sua média.

2.5. Em 24 de julho de 1991 solicitou o DNPDE/SNDE à CEME dados sobre aquisição, produção e distribuição de medicamentos pelo órgão, oferecidos em 09 de agosto de 1991, sendo que, com referência, especificamente, a CLORPROPAMIDA (DIABINESE), tem-se que:

- o produto é para portadores de diabetes;
- a produção necessária à CEME está alocada aos laboratórios oficiais;
- a marca DIABINESE lidera o mercado, podendo pela procura, induzir ao seu desabastecimento.

2.6. Em 16 de agosto de 1991, por considerar que os fatos narrados eram passíveis de enquadramento na segunda parte, alínea a, art. 2º da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991 e alínea c, inciso III, art. 2º Lei 4.137 de 10 de setembro de 1962, foi instaurado o Processo Administrativo que tomou o nº 17/91.

2.7. Em 21 de agosto de 1991, o Representado, informou que estava encontrando dificuldades na obtenção de materiais de embalagem, tipo bisnagas de alumínio e blister. Em resposta, a SNDE em 23 de agosto de 1991, arguiu a quais produtos se destinavam as embalagens, se tal falta afetaria a programação acertada com ela, quais os fornecedores e se havia pedidos colocados e a quantidade deles.

2.8. Pelos ofícios datados de 24/07, 08/08, 09/09 e 13/08, a Superintendência Nacional de Abastecimento e Preços - SUNAB anexa documentação referente a Laboratórios, dentre eles a PFIZER da qual consta:

- dados sobre a produção e vendas de diversos medicamentos, dentre eles, o DIABINESE, já juntados aos autos;
- relação de compradores dos medicamentos de PFIZER nos meses de abril, maio e junho;
- posição da movimentação mensal do estoque de produtos acabados dos Laboratórios PFIZER Ltda, de março a julho/91.

2.9. Em 29 de agosto de 1991, a Representada confirma a comercialização de 134.386 caixas de DIABINESE para o mês de agosto de 1991.

2.10. Em 04 de setembro de 1991 o Representado apresenta a sua Defesa Prévia ao DNPDE, bem como as informações solicitadas quando da notificação do processo administrativo, cujos trechos estão descritos a seguir:

- Que houve prematura instauração do processo contra o Representado, visto que a fase do artigo 2º do Decreto nº 36, de 15 de

fevereiro de 1991, configurou-se como um simples procedimento investigatório;

- Que é necessária, antes da intimação do processo " a caracterização precisa dos eventos para evitar a sempre prejudicial publicidade de julgamento indevidos";

- Que a SNDE não é órgão competente para apurar e julgar eventuais ilícitos tipificados na Lei nº 4.137 de 10 de setembro de 1962;

- Que, por não figurar o Representado nominalmente na Representação da Previdência da República, "não deve, sequer figurar no pólo passivo do presente processo administrativo";

- Que os quadros de produção e vendas do produto DIABINESE, mostram que "em nenhum momento houve sua retenção, tendo ocorrido, em único mês (março de 1991), uma REDUÇÃO CIRCUNSTANCIAL NO VOLUME DE VENDAS DO PRODUTO" (destaque meu) ocasionada pelo comprometimento de venda do sal básico (CLORPROPAMIDA) à CEME e por problemas técnicos nos maquinários;

- Que a CEME não adquiriu o produto, ficando o Representado com grande volume, sem embalagem, que não poderia ser colocado na linha de embalagem sem prejudicar o escoamento dos outros medicamentos de sua fabricação;

- Que a acusação de provocar escassez para que houvesse uma "elevação temporária de preços" é impossível haja vista ser o preço do DIABINESE determinado pelo Governo Federal;

- Que o DIABINESE, vendido em embalagens de 100 comprimidos, é utilizado pelo consumidor médio durante 3 meses e que a redução de oferta sendo temporária (de um mês) não implicaria em desabastecimento do mercado;

- Que o DIABINESE é utilizado não por aqueles diabéticos cujo pâncreas não metaboliza enzimas (que usam insulina rotineiramente) e sim por aqueles cujo pâncreas produz enzimas não suficientemente eficientes, sendo que, nesse caso, a paralização temporária de utilização não poria em risco a vida de seus usuários:

- Que existem outros produtos substitutos, tais como o DAOMIL, da Hoescht e o MINIDIAB, da Erba;

- Que por alarde jornalístico houve um acirramento desmesurado da demanda;

- Que já no mês de abril de 1991 as vendas retomaram seu patamar histórico, permanecendo até a presente data; (fls. 207)

- Que em agosto de 1991 vendeu 134.386 caixas de DIABINESE ultrapassando a quantidade compromissada com a SNDE para comercialização no mês;

- Que sendo assim, requeria "o arquivamento de plano do presente processo, por estar afastada a configuração da situação ou do fato pretensamente caracterizador de infração à ordem econômica (fls. 204)".

2.11. Em 13 de setembro de 1991 são juntados aos autos, dados compilados das informações fornecidas pelas empresas distribuidoras e farmácias, sobre medicamentos de uso contínuo e obrigatório, onde se constata o não atendimento da maioria dos pedidos solicitados.

2.12. Em 23 de setembro de 1991, o DNPDE solicita ao Representado informações sobre a produção e comercialização do DIABINESE 250 mg, tendo em vista publicação do levantamento feito pela Secretaria da Justiça e de Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo, em 10.05.91, onde foi constatado que o medicamento faltava em 77,07% das farmácias/drogarias da capital da São Paulo sendo que em 27,8% dos locais de vendas não o recebiam há mais de 3 meses;

2.13. Em 1º de outubro de 1991, o Representado enviou fax comunicando o faturamento em setembro de 1991 de 172.947 frascos de DIABINESE;

2.14. Em 11 de outubro de 1991, o Representado respondeu à solicitação do DNPDE de 25 de setembro de 1991, listando os 20 maiores distribuidores, bem como os Estados de sua atuação. (fls. 281/282).

2.15. Em 17 de outubro de 1991, recebeu o DNPDE correspondência da VITRONAC IND. E COM. LTDA, especificando a quantidade de pedidos, recebimentos e cancelamentos de ampolas e frascos feita pelo Representado de abril a setembro de 1991.

2.16. Em 27 de setembro de 1991, recebeu o DNPDE da Central de Medicamentos -CEME, correspondência informando que o DIABINESE 250 mg (CLORPROPAMIDA) faz parte do RENAME, sendo passível de ser adquirido pelo órgão, ressaltando que não houve nenhum processo licitatório em 1991.

2.17. Em 26 de fevereiro de 1992 o Representado foi notificada pelo DNPDE/SNDE para especificar as provas requeridas na defesa prévia.

2.18. Em 09 de março de 1992 o DNPDE/SNDE recebeu correspondência do Representado respondendo ao ofício acima, cujos trechos principais, destaque:

- Registra que a ausência de representação formal, falta de exata tipificação, supressão de procedimento legalmente estabelecidos dificultavam, a indicação de provas a serem produzidas;

- Reitera seus protestos pela produção oportuna de toda e qualquer prova em Direito admitidas, no momento que se definissem os termos da eventual acusação;

- Ao mesmo tempo pedia que o DNPDE expedisse ofícios aos distribuidores solicitando informações mais detalhadas sobre o comportamento do medicamento, comprovação das ordens de compra, testemunho dos representantes legais dos distribuidores e perícia nos registros e controles pertinentes;

- Requeria que, no curso da instrução, pudesse ser comprovado que o Representado supriu o mercado, mesmo que alguns distribuidores tivesse recebido quantidades menores que a solicitada;

- Que se fizesse um estudo, para se determinar o mercado relevante, da existência de substitutos do (DIABINESE), principalmente no período em que foi atribuído ao Representado a escassez do medicamento.

2.19. Em 11 de março de 1992 o DNPDE/SNDE recebeu o parecer do Ministério da Economia, cujos tópicos principais são os seguintes:

- Que o medicamento DIABINESE, 250 mg., continuava sob o controle de preços do DAP/MEFP;

- Que seu preço médio de 1984/1992 situou-se por volta de US\$ 3,17, sendo hoje US\$ 3,27;

- Que participa com 9,20% do faturamento da empresa;

- Que o Representado tem controle acionário da PFIZER INC-USA de 99% , sendo a sua atividade principal a fabricação de produtos farmacêuticos;

- Que 21,0% da matéria-prima importada pelo Representado vem da PFIZER CORP. EXPORT. DIVISION - USA., 3,9% da PFIZER OVERSEAS e 1,4% da PFIZER CHEMICAL CORPORATION;

- Que a empresa apresenta índice insatisfatório de liquidez;

- Que seu grau de endividamento é crescente, com a elevação das despesas financeiras e comprometendo os resultados;

- Que o nível de rentabilidade é insatisfatório.

2.20. Em 18 de março de 1992, o Coordenador da SNDE, expediu Relatório acordado pelo Diretor do DNPDE/SNDE que historia os acontecimentos e constata "em face dos fatos e informações trazidos aos autos, e a constatação do desabastecimento caracterizado em toda a extensão do ano de 1991, a avaliação dos argumentos do Representado e os fatos latentes aqui registrados, nos levam a concluir que substituem os fatos que ensejavam a instauração do Processo Administrativo, baseado, unicamente, no art. 2º, inciso III, alínea c da Lei 4.137/62. E propõe o encaminhamento do Relatório à Representada, diante do disposto no art. 6º, alínea b, da Lei nº

8.158 de 08 de janeiro de 1991, para que, no prazo de 15 dias, deduza sua defesa final (fls.349/358).

III - ALEGAÇÕES DA DEFESA FINAL DO REPRESENTADO

3. Em sua defesa final, recebida a 06 de abril de 1992, o Representado, como tópicos principais destaca:

3.1. Que o Processo Administrativo encontra-se eivado de nulidade absoluta, por ofensa aos princípios constitucionalmente garantidores do devido processo legal e do contraditório;

3.2. Que considera não haverem sido observados os principais argumentos de defesa do representado, dentre eles:

a) O DE ESPECIFICAÇÃO DA ACUSAÇÃO;

b) PRODUÇÃO DE PROVAS E CONTROLE DAS PROVAS PRODUZIDAS PELA ADMINISTRAÇÃO;

- Reitera não haver sido nomeada como infratora na Representação original da Presidência da República;

- Alega ter o DNPDE suprimido a fase investigatória, antecipando uma postura condenatória, sem permitir que o Representado apresentasse a sua defesa prévia;

- Que enfatiza haver cumprido o compromisso acordado com a SNDE no sentido de "continuar se empenhando para atender satisfatoriamente a demanda ", colocando no mercado, em agosto de 1991, quantidade acima do estipulado;

- Argumenta que a instauração do processo administrativo, antes mesmo de aguardar a concretização do compromisso, resultou na perda de objeto do mesmo, pleiteando o seu arquivamento;

- Que o DNPDE não pode indeferir provas legitimamente requeridas pelo Representado, assim agindo, estará cerceando a sua defesa;

- Que face à conclusão do DNPDE, quanto à subsistência dos fatos que ensejassem a instauração do Processo Administrativo, baseado, unicamente, no art. 2º, inciso III, alínea c da Lei 4.137/62, não está o Representado sujeita a qualquer medida por parte do DNPDE, já que a legislação, na sua ótica, é de competência de outro órgão administrativo;

- Argumenta que, além do Representado, fabricam o sal básico CLORPROPAMIDA, a CEME, a HOESCHT (DAONIL) e a ERBA (MINIDIAB);

- Constesta o teor dos documentos encaminhados pelos distribuidores e farmácias, sobre a não entrega dos pedidos feitos ao Representado;

- Argumenta que o art. 2º, inciso III, alínea c da Lei 4.137/62, no qual se enquadra o ilícito, foi revogado pela lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990;

- Que não é a retenção de bens de produção ou de consumo e sim o provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços, o tipo reprimível;

- Que se trata de um "delito impossível, na medida em que, estando o Representado sujeito a controle de preços não gozaria ele da necessária liberdade de gestão na fixação de seus preços (...)";

- Argumenta, também, que "o dolo é elemento necessário à configuração de abuso de poder econômico" e diante disso não se configura, já que a atuação da Representada, vítima de uma paralização temporária, visou regularizar a comercialização a qualquer custo;

- Que não houve nos autos nenhuma menção a que algum paciente consumidor tivesse sofrido consequências em decorrência dos fatos descritos no feito e que não há, também, qualquer referência nos autos de escassez do medicamento, mas apenas uma eventual falta temporária;

- Conclui, dizendo que, "não havendo prejuízo ao consumidor e ao mercado, não se pode falar em infração à Lei Antitruste", requerendo seja declarada a incompetência do DNPDE/SNDE e a nulidade do feito.

IV - ANÁLISE DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA FINAL DO REPRESENTADO PELO DNPDE

4. O DNPDE/SNDE, em relação à defesa final do Representado, inicia abordando alguns tópicos que considera importantes para um melhor entendimento do comportamento do Representado, e que dele resultou, no âmbito do usuário de medicamento de uso contínuo e obrigatório.

4.1. Analisa, em primeiro lugar, o comportamento do medicamento, de acordo com a documentação enviada pelo Representado, da seguinte forma:

- Que a média mensal de produção do DIABINESE 250 mg. com 100 comprimidos foi, em 1987, de 126.573 caixas; em 1988, 100.065 caixas; em 1989, 117.841 caixas; em 1990, 122.531 caixas e, no 1º semestre de 1991, 75.370 caixas (fls. 17,44,90 e 239) que se registra no 1º semestre de 1991, um decréscimo acentuado na produção e relação às médias dos anos anteriores, da ordem de 25% (1989) a 40% (1988);

- Que a média de vendas foi em 1987, de 120.424 caixas, em 1988, de 103.416 caixas; em 1989, de 120.614 caixas; em 1990, de 118.849 caixas e no 1º semestre de 1991, de 82.886 caixas;

- Que se nota, no 1º semestre de 1991, um decréscimo acentuado nas vendas em relação às médias dos anos anteriores de 20% (1989) e 30% (1987);

- Que, quanto ao estoque final, em 1987, foi de 73.242 caixas, em 1988, de 33.536 caixas e, em 1989, de 202 caixas;

- Que o Representado iniciou o ano de 1990 praticamente sem estoque, gerando ao final deste (1990), um total de 44.179 caixas;

- Que, em janeiro de 1991 inicia-se uma queda acentuada na produção, com 67.130 caixas, vis a vis, os níveis históricos de produção, ao redor de 116.000 caixas por mês;

- Que as vendas abaixo da média histórica são compensadas pelo estoque gerado no ano anterior;

- Que o problema se acentua em março de 1991, com a baixa produção e ínfima venda, continuando em abril e maio com a queda na produção da ordem de 60% e vendas bem abaixo do nível histórico;

- Que em julho de 1991, a produção e vendas ainda são inferiores às normais, somente se regularizando em agosto e setembro de 1991.

4.2. Adiante, analisa o DNPDE, alguns argumentos apresentados pelo Representado, descritos a seguir:

Assim, em sua defesa prévia, de 04.09.91, o Representado, às fls. 201, argumentando sobre a inexistência do pretense desabastecimento, afirma:

"Soma-se, ainda, outro fato, o DIABINESE é vendido pelo Representado em embalagens de 100 (cem) unidades, sendo que seu consumidor médio faz uso de um comprimido por dia (...). Deste modo, o paciente utiliza um único frasco de Diabinese por 3 meses ou mais, fazendo com que uma redução de oferta indireta (já que, dito, o produto seria vendido à CEME, e temporária (a redução de oferta aconteceu em único mês, março de 1991), não implicaria em desabastecimento do mercado".

Que o Representado efetivamente aumentou consideravelmente sua produção e vendas em agosto e setembro de 1991.

De fato, o Representado após a intervenção do DNPDE/SNDE, tomou as providências cabíveis para aumentar em até 60% reais a sua produção, em relação à média dos anos anteriores. Vê-se que havia demanda reprimida do DIABINESE 250 mg., fato pela Representada, causada pela paralização das vendas em março de 1991 e posterior "manutenção" das vendas em patamares abaixo da média mensal de 116.000 caixas (abril a julho/91).

Registrou o DNPDE, após analisar os dados fornecidos pelo Representado (fls 369/70), que era possível chegar ao seguinte quadro de vendas:

1987.....	120.424 caixas
1988.....	103.416 caixas
1989.....	120.614 caixas
1990.....	118.849 caixas
1991.....	12.159.208 drágeas

Vê-se, por outro lado, que, no mesmo quadro, por engano do Representado, comparou produção por caixa de 100 comprimidos, de 1987 até 1990, com produção em comprimidos de 1991, já que a mesma alega que comercializou também a embalagem com 30 comprimidos.

Pela tabela abaixo vislumbrou o DNPDE o que realmente ocorreu com o medicamento DIABINESE no período analisado.

PRODUÇÃO %

1º SEMESTRE

1987	733.827 85
1988	560.664 65
1989	861.624 100
1990	544.428 63
1991	462.221 52

Observa-se pelos dados acima, que o 1º semestre de 1991 foi o de menor produção desde o ano de 1987.

E é exatamente este o período caracterizado pelo desabastecimento do medicamento, tanto a nível de distribuidor e farmácia, quanto a nível de usuário, conforme se verifica as constantes denúncias nos órgãos de imprensa.

Por isso a alegação de que "o volume de vendas relativo ao ano de 1991 foi o MAIOR NO PERÍODO CONSIDERADO, de 1987 a 1991" (grifo do original) é inconsistente para o objeto analisado, haja vista que é no 1º semestre que se observa a disfunção entre a demanda e a produção e comercialização do produto.

Deve-se registrar que foi no 2º semestre de 1991, após a interferência da SNDE, o Representado voltou a produzir nos níveis

adequados, chegando ao final do exercício de 1991 em níveis inferiores, mas próximos aos níveis dos demais anos.

Vê-se pelos números:

Total produzido em 1991.....	11.781.752
drágeas	
Total produzido no 1º semestre de 1991.....	4.520.000
drágeas	
Total produzido no 2º semestre de 1991.....	7.261.000
drágeas	

Foi no 2º semestre de 1991, concluiu o DNPDE, que ocorreu a maior produção do medicamento DIABINESE, 250 mg., desde o ano de 1987.

Destaca o DNPDE/SNDE sobre a alegação do Representado (fl. 201) de que o consumidor médio do DIABINESE o utiliza por três meses, e, ainda que houvesse uma "redução de oferta indireta (já que, como dito, o produto seria vendido à CEME e temporária (a redução de oferta aconteceu em um único mês, março de 1991) não implicaria em desabastecimento do mercado", causa espécie que em setembro de 1991 fossem comercializados 172.000 caixas, muito acima da média mensal que como vimos, poderia se situar em torno de 116.000 caixas.

Quanto ao tópico em que o Representado às fls 371, argumenta:

"De qualquer modo, não há qualquer relação técnica entre a média mensal de produção de uma determinada empresa e a demanda (...)"

Não crê o DNPDE/SNDE, no seu Relatório, que uma empresa não adeque a sua produção à sua estimativa de vendas.

De fato, o custo financeiro do estoque por um lado e a perda de mercado para os concorrentes por outro, faz com que as empresas mantenham uma atenção especial neste ponto de equilíbrio:

- o ponto de encontro entre a curva de produção e a curva de demanda.

4.3. Outro tópico importante destacado pelo DNPDE/SNDE, que está tanto na defesa prévia do Representado como na defesa final, onde se argumenta que houve "uma redução circunstancial no volume de vendas do produto, devido, de um lado ao comprometimento de venda do produto à Central de Medicamentos - CEME (...) com o correspondente empenho de parte substancial do estoque (...)" (fls. 200/201), e que "preso a reserva de inventários para atender a compromissos com a CEME, não estava o

Representado em condições normais de fabricação e venda do produto." (fl. 379).

Sugere-se que tenha havido um "comprometimento" entre a PFIZER e a CEME para a produção de sal básico (CLORPROPAMIDA), de modo que tenha sido desviado para esta a produção destinada ao consumidor em geral.

No entanto, a CEME, às fls. 294 em telex, de 26.11.91, enviado ao DNPDE afirma:

" A CENTRAL DE MEDICAMENTOS SOMENTE COLOCARÁ SEUS PEDIDOS PARA SEREM LICITADOS NESTE EXERCÍCIO DE 1991, NO DIA 28 PRÓXIMO, NÃO TENDO HAVIDO NENHUM PROCESSO LICITATÓRIO DURANTE O PRESENTE ANO".

Se não houve processo licitatório de compra de sal básico (CLORPROPAMIDA) no ano de 1991, não pode ter havido também a "reserva de inventários para atender compromissos com a CEME".

O Representado argumenta, então, que privilegiou o fornecimento a um órgão federal, de um medicamento que não teve processo licitatório no ano de 1991.

Junto a este argumento, veiculou-se o problema operacional que, concomitantemente ao fato, inutilizou três dos quatro compressores em operações na Unidade de Síntese Orgânica.

Qualquer unidade industrial mantém equipamento de reserva para ser utilizado exatamente nestas ocasiões. Não é procedimento normal, nem aconselhável, que se utilizem todos os equipamentos na operação.

4.4. Outra manifestação do Representado que mereceu uma melhor análise por parte do DNPDE, diz respeito à colocação de que é impossível alegar-se aumento arbitrário dos lucros, por força de uma eventual elevação temporária de preços, haja vista que "ESTANDO O REPRESENTADO SUJEITO A CONTROLE DE PREÇOS, NÃO GOZARIA ELE DA NECESSÁRIA LIBERDADE DE GESTÃO NA FIXAÇÃO DE SEUS PREÇOS".

O Representante dizia que os laboratórios que atuam no mercado nacional, insatisfeitos com o controle de preço sobre alguns medicamentos, os estavam retendo a ponto de provocar desabastecimento e "sensibilizar" as autoridades responsáveis para o problema que passava obrigatoriamente pela recomposição dos preços dos mesmos.

Segundo o Relatório Final do DNPDE (fls. 408), a visão do Representado, apresenta um viés extremamente maniqueísta, quando argumenta candidamente que não era ela que detinha o poder de controlar os preços, portanto, impossível imputar-lhe a responsabilidade de pretender auferir lucros arbitrários.

Entendeu o DNPDE/SNDE que a prática que a Representação pretendia imputar ao Representado, passava pela criação de uma situação tal de falta de medicamentos que forçasse o governo a alterar a sua política de controle de preços.

Mesmo com o aumento significativo de sua produção em agosto e setembro de 1991, mostrando que tinha condições de provisionar tranquilamente o mercado, o Representado, no período analisado, prejudicou a fluidez normal da produção e vendas do DIABINESE, colaborando para a situação caótica retratada às completas nos autos, com a falta generalizada do medicamento.

Ficou claro, concluiu o DNPDE, com a documentação recebida dos distribuidores, farmácias, órgãos de proteção ao consumidor que mesmo em setembro de 1991, havia descompasso entre a demanda e a comercialização, gerado pelo desabastecimento ocorrido nos meses anteriores.

V- MANIFESTAÇÃO DO PROCURADOR DO CADE

Encaminhados os autos ao Sr. Procurador do CADE, veio o Parecer de fls. 429/447, considerando patente a ocorrência de infração à ordem econômica, tal como antevisto pelo DNPDE/SNDE. Sugere o Sr. Procurador do CADE seja aplicada a multa do art. 43 da Lei nº 4.137/62. Sugere ainda que na fixação da multa seja considerada a potencialidade nociva do procedimento adotado pela empresa em matéria que diz com a saúde da população, bem assim o fato de que o Laboratório se comprometeu a regularizar a comercialização do produto, fazendo-o adequadamente, alguns poucos meses depois da fase mais aguda do problema.

É o Relatório

José Matias Pereira

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

***EMENTA:** 1- A instauração do processo administrativo pela Secretaria Nacional de Direito Econômico para apurar fato que, em tese, constitui*

infração à ordem econômica independe de representação ou provocação, devendo aquele órgão, na sua competência investigatória e, à vista de provas ou indícios, agir de ofício. 2- Comete a infração prevista no art. 2º, inciso III, alínea c, da Lei nº 4.137, de 10.09.1962, o laboratório que retém estoque de medicamentos de uso contínuo e obrigatório ou reduz sua produção sem que circunstâncias peculiares imponham tal medida. 3- Não descaracteriza o abuso do poder econômico o fato de o Representado, após reuniões no Ministério da Justiça, ter regularizado a produção. 4- Representação procedente, aplicada a multa no valor de Cr\$ 210.000.000,00 (duzentos e dez milhões de cruzeiros).

I- CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1. O Representado em preliminar argui nulidade do processo "por ofensa aos princípios constitucionais garantidos do devido processo legal e do contraditório". Tal afirmação improcede totalmente. Basta uma simples leitura do processo, para se constatar que o Representado foi sempre assegurado o contraditório e a mais ampla defesa, cumprindo-se, integralmente, o disposto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Veja-se, exemplificadamente: às fls. 198/204, o Representado apresentou defesa prévia; às fls. 361/381, suas "Alegações Finais", sendo que, em inúmeras outras oportunidades, foram solicitadas informações o Representado, que juntou documentos e apresentou argumentos em defesa da sua atuação. Teve, portanto, a Representada, a mais ampla possibilidade de realizar as provas desejadas, o que só não lhe foi deferido, quando evidenciado o seu caráter meramente protelatório.

2. Igualmente, carece de fundamento legal a arguição de ilegitimidade passiva do Representado, no processo administrativo, pelo fato de não haver sido nominada na Representação levada a efeito pela Presidência da República. Isto porque, a Lei nº 8.158, de 08.01.91, atribuiu competência à Secretaria Nacional de Direito Econômico - SNDE para apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de setores econômicos ... (art. 1º), conferindo-lhe, ainda, de forma expressa, poderes para iniciar de ofício tais procedimentos. Anote-se que, no caso, à vista do próprio teor da Representação, tratava-se de uma prática quase generalizada adotada pelo setor farmacêutico, podendo-se citar como meramente exemplificativa, a relação de Laboratórios constante da representação inicial.

3. Também, se ressentido de qualquer base legal a alegada incompetência do DNPDE/SNDE para apurar ilícitos administrativos tipificados na Lei nº 4.137/62, de vez que a Lei nº 8.158, em seu artigo 1º, atribui expressa competência àquela Secretaria para apurar qualquer ilícito referente ao abuso do poder econômico, seja ele previsto naquela Lei, na Lei

nº 8.002/90 ou na pré-citada Lei nº 4.137/62, até porque, a própria Lei nº 8.158/91 manteve, em seu art. 23, as normas definidoras de ilícito e sanção constantes da lei nº 4.137, assim como em outros diplomas legais relativos a práticas de abuso do poder econômico.

4. A alegação de que a classificação inicial da conduta atribuída ao Representado seria equivocada não procede. A empresa soube, desde o início, quais os fatos que lhe eram imputados, por meio da nota técnica que lhe comunicou a abertura do processo. Isto é quanto basta, pois ela se defende dos atos que lhe são atribuídos.

II - MÉRITO

Ao Representado é imputada a prática ilícita de retenção de estoques, em condições de provocar escassez, de bens de produção ou de consumo.

É oportuno lembrar que o medicamento em questão (DIABINESE 250 mg.), pertencente à classe terapêutica dos antidiabéticos orais é utilizado em tratamento de diabetes, por longos períodos, de forma controlada e uso contínuo. Deve-se frisar que dessa necessidade cria-se uma forte identificação do consumidor com o referido medicamento.

Após essas considerações, tratarei a seguir, dos seguintes tópicos:

a) A alegação do Representado na sua defesa prévia (fls. 201), argumentado sobre a inexistência do pretenso desabastecimento, não procede. O que ocorreu de fato, e está comprovado nestes autos foi que o Representado após intervenção do DNPDE/SNDE, tomou as providências cabíveis para aumentar em até 60% reais a sua produção, em relação à média dos anos anteriores. Pode-se constatar dessa forma que havia uma demanda reprimida do produto, causada pela paralização das vendas em março de 1991 e posterior manutenção das vendas em patamares abaixo da média mensal de 116.000 caixas, no período de abril a julho de 1991, conforme consta do Relatório Final (fls. 401/406).

Deve-se registrar que a média mensal de PRODUÇÃO foi, em 1987, 126,5 mil caixas; em 1988, 100,1 mil caixas; em 1989, 117,8 mil caixas; em 1990, 122,5 mil caixas e no 1º semestre de 1991, 75,3 mil caixas (fls. 146). Nota-se no 1º semestre de 1991, um decréscimo acentuado na produção em relação às médias dos anos anteriores (de 38% em 1990, 36% em 1989 e de 25% em 1988).

A média mensal de VENDAS foi em 1987, 120,4 mil caixas; em 1988, 103,4 mil caixas; em 1989, 120,6 mil caixas; em 1990, 118,8 mil caixas e no 1º semestre de 1991, 82,9 mil caixas. Constata-se assim, um decréscimo

acentuado nas vendas em relação às médias dos anos anteriores (de 30% em 1990, 31% em 1989 e 20% em 1988).

Por outro lado o Representado iniciou o ano de 1990 praticamente sem estoque, gerando ao final daquele ano 44,2 mil caixas do medicamento. Em janeiro de 1991 inicia-se uma queda acentuada na produção com 67,1 mil caixas. As vendas abaixo da média histórica são compensadas pelo estoque gerado no ano anterior (1990).

O problema se agrava em março de 1991 com a baixa produção e íntima venda do produto, continuado em abril e maio com a queda na produção de 60% e vendas bem abaixo do nível histórico. Em julho a produção e vendas ainda são inferiores às normais, somente regularizando-se em agosto e setembro de 1991.

A comprovada queda na produção pode ser constatada no quadro de produção do 1º semestre dos anos de 1987 a 1991, que indica que o 1º semestre de 1991 foi o de menor produção no referido período. Vide quadro de produção e vendas no período 1987/1991 (1º Semestre), apresentado a seguir:

Quadro Comparativo-Produção/Vendas

(1987/1991-1º Semestre)

Média Mensal (Diabinese 250 mg.), em caixas

Ano	Produção (média mensal)	Vendas (média mensal)
1987	126.573	120.424
1988	100.065	103.416
1989	117.841	120.614
1990	122.531	118.849
1991(1º Sem.)	75.370	82.580

Constata-se, pois, que foi no 1º semestre de 1991, que ocorreu o caracterizado desabastecimento do medicamento, tanto a nível de distribuidor e farmácia, quanto a nível de usuário, com as constantes denúncias nos órgãos de imprensa.

É importante registrar também, com base no Quadro I, fls 146, fornecido pelo Representado, que trata da Discriminação Mensal do volume produzido e vendido do medicamento Diabinese 250 mg., no período de janeiro/90 a junho/91, onde se constata, que no mês de março de 1991, a empresa produziu 79.034 (setenta e nove mil e trinta e quatro) caixas e vendeu

apenas 8.361 (oito mil, trezentos e sessenta e um) caixas. Dados esses irrefutáveis, produzidos pelo Representado, que comprova de maneira clara, que além de reduzir a produção ao longo do 1º Semestre de 1991 (conforme os dados citados no quadro acima), a empresa deliberadamente reteve a sua produção do mês de março de 1991, em cerca de 70.000 (setenta mil) caixas de Diabinese 250 mg., na fase mais crítica do desabastecimento do produto no mercado farmacêutico.

Também não procede a argumentação do Representado, quanto ao fato de ter havido uma redução circunstancial do volume de vendas do produto, em decorrência de um compromisso assumido junto à Central de Medicamentos - CEME (fls. 200, 201 e 371). Isto porque, ao ser consultada pelo DNPDE sobre o assunto, informou a CEME que não houve processo licitatório no ano de 1991, para a compra de sal básico (CLORPROPAMIDA). Pode-se concluir, portanto, que, não tendo havido o processo licitatório, não houve também a reserva de inventários para atender compromissos com a CEME.

Com relação a alegação do Representado, relacionado a problemas operacionais que inutilizaram três dos quatro compressores em operações na Unidade de Síntese Orgânica da Indústria, merece uma análise a respeito. Isto porque qualquer unidade industrial mantém equipamentos de reserva para serem utilizados exatamente nessas ocasiões, Não é comum que uma indústria utilize todos os equipamentos na operação, aliado ao fato de que a manutenção, e a agilidade no conserto desses equipamentos são vitais para a viabilização das atividades produtivas da indústria.

Outro aspecto a ser considerado nas alegações do Representado sobre a oportunidade de uma pesquisa identificar a existência de outros remédios substitutos ao DIABINESE, julgo descabida, pois entendo que tudo quanto se apura é a ocorrência da supressão ao público do remédio fabricado pelo Laboratório defendente, com finalidades repudiadas pela lei de defesa econômica. Conforme manifestação do Sr. Procurador do CADE (fls. 436), no seu fundamentado e brilhante parecer esclarecendo o assunto disse "Por acréscimo, é oportuno ver que a fungibilidade do Diabinese pelos outros remédios indicados pela defendente como análogos não é perfeita. Alega a defendente que o Diabinese pode ser substituído pelos produtos Daonil e Minidiab, fabricados por outros laboratórios.

A composição dos três medicamentos não é idêntica. O Diabinese consiste na cloropropamida. O Minidiab é composto de Glipizida. O Daonil, de Glibanclamida (cf./ Dicionário de Especialidades Farmacêuticas. Rio, Jornal Brasileiro de Medicina 88/89). Além disso, segundo a mesma publicação, os remédios têm apresentação distinta e a dosagem recomendada não é semelhante".

Merece também uma análise mais acurada a alegação do Representado de que é impossível alegar-se aumento arbitrário dos lucros, haja vista que estando a mesma sujeita a controle de preços, não gozaria ela da necessária liberdade de gestão na fixação de seus preços. Não é possível concordar com tal alegação, visto que a prática que a Representação pretendia imputar ao Representado, passava pela criação de uma situação de estrangulamento, decorrente da falta de medicamento que forçasse o Governo Federal a alterar a sua política de controle de preços. Deve-se registrar que essa situação realmente ocorreu, conforme pode-se constatar, com a publicação da Portaria do MEFP, nº 156, de 19.08.91, publicada no DOU de 23.08.91, que concedeu aumento para os medicamentos de uso contínuo e obrigatório (inclusive para o DIABINESE 250 mg).

É importante registrar que nenhuma empresa que atua na área de fabrico de medicamentos é obrigada a produzir remédios a preços conjunturalmente desfavoráveis. Caso tal ocorrência venha a se verificar, a providência legal é comunicar ao Ministério da Saúde, com 180 dias de antecedência, a sua determinação em cessar a produção (Decreto nº 79.094/74).

Dessa forma, entendo que a existência do descompasso entre a produção do medicamento e a sua procura não há de ser posta em dúvida. A Secretaria Nacional de Direito Econômico - SNDE, através do Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica - DNPDE, em diversas oportunidades, nestes autos, revela, com o apoio em dados estatísticos fidedignos, a realidade do problema. Não descaracteriza o abuso do poder econômico o fato de o Representado, após reuniões no Ministério da Justiça, ter regularizado a produção no segundo semestre do ano de 1991. Depois, portanto, de já ter sido afetada a população, especialmente os consumidores do referido medicamento, no primeiro semestre daquele ano.

Vale registrar, ainda, que no caso presente, o propósito de auferir lucros abusivos com a medida assumida pelo Representado resulta cristalino do conhecimento de princípios de economia. Não se entende racional, a estratégia da empresa de, voluntariamente, reduzir sua produção, quando não ocorrem circunstâncias peculiares que imponham a medida, a não ser como ardil direcionado à especulação. Pode-se constatar nos autos, que a defendente não demonstra circunstância nenhuma da queda de produção, durante o período crítico, que arrede o intento especulativo. Por outro lado, a retenção nas vendas e na produção, conforme está demonstrado nos dados contidos no Relatório Final (fls 401/405), comprova que a medida adotada pelo Representado produziu escassez do produto Diabinese 250 mg. no mercado. A situação se tornou ainda mais crítica diante da inexistência de produtos perfeitamente homogêneos que garantissem a fungibilidade do medicamento

considerado. Vale ressaltar que, a escassez, por ser temporária não deixa de o ser.

Merece destaque a manifestação do E. Procurador do CADE, no seu parecer (fls. 435), quando afirma "No processo há informações prestadas pelos maiores distribuidores de medicamentos formando, com dados contábeis, o descompasso entre a oferta do produto e a sua procura. A prova persiste boa enquanto a defendente não demonstra, ela própria, a sua eventual inanidade. Cabe a ela tal ônus. Observe-se que a empresa poderia fornecer os seus próprios dados contábeis, para investir contra a credibilidade das informações prestadas pelos distribuidores de remédios e não o faz...".

Por sua vez, a capitulação dos fatos propugnada pela SNDE não destoa do parágrafo 4º do art. 173 da Constituição Federal. E sobre essa questão incorporo no presente VOTO a manifestação do Sr. Procurador do CADE (fls. 443/445) no seu fundamentado parecer, que concluiu "A Constituição, neste dispositivo, não está limitando a atuação do legislador, mas está a estabelecer o núcleo necessário à lei que vier a regular o tema do abuso do poder econômico"... "Cumpra 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".

Deve-se registrar que ainda que assim não fosse, no caso dos autos haveria a considerar que o Representado, com o seu procedimento visava a um aumento arbitrário de lucros. Propugnava o Representado a influenciar o Governo Federal e permitir elevação de preços, de modo a que pudesse obter a margem de lucro que estimava adequada. Comportamento esse que pode ser caracterizado como especulatório. Não considerando a empresa que, ao deixar de suprir o mercado de bens essenciais à coletividade, como são os remédios de uso contínuo e obrigatório, através da redução e da retenção da produção, é uma prática ilícita, perfeitamente caracterizada como abuso do poder econômico, tipificada no artigo 2º, III, c, da Lei nº 4.137/62, verbis.

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

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

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

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

Por assim entender e acolhendo em todos os seus termos o parecer do E. Procurador do CADE, o meu VOTO é pela procedência da Representação, uma vez que ficou comprovada nestes autos a prática delituosa acima mencionada. A multa é fixada com base na gravidade do fato abusivo, que, conforme constatado, interfere diretamente com a saúde da população, e que deve merecer por parte de qualquer empresa que atue nesse segmento, uma elevada atenção e cuidado especial, para com os usuários desses produtos, por elas fabricados e comercializados. O que não ocorreu no presente caso, quando os consumidores se viram privados da possibilidade de ter acesso ao medicamento DIABINESE, 250 mg., de uso contínuo e obrigatório, de que necessitavam durante o período crítico de desabastecimento considerado.

Tendo em vista expressar a repulsa pelo abuso do poder econômico praticado pela empresa Laboratórios PFIZER Ltda., de intensa gravidade, até mesmo pelo bem que afeta, fixo a multa em Cr\$ 210.000.000,00 (duzentos e dez milhões de cruzeiros), levando-se em consideração, também, a circunstância da transitoriedade do problema, regularizado no 2º semestre de 1991. Multa essa que deverá ser recolhida no prazo de 3 (três) dias úteis, após a publicação da decisão do CADE.

Observe, por fim, que o montante da multa se acomoda dentro dos limites mínimo e máximo previstos na legislação em vigor (artigo 43 da Lei nº 4.137/62, com a redação da Lei nº 8.035/90, e o art. 10 da Lei nº 8.218/91).

Brasília-DF, 03 de junho de 1992.

José Matias Pereira

VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

Entendo comprovado, nestes autos, que o Representado, LABORATÓRIO PFIZER LTDA, movido por intenção especulativa, provocou o desabastecimento do medicamento de uso contínuo e necessário, Diabinese, 250 mg, um antidiabético, no período correspondente ao 1º semestre de 1991.

É significativo, no particular, que a média mensal de produção do citado medicamento, no ano de 1990, elevou-se a 122.531 unidades, enquanto

que, no 1º semestre de 1991, a média mensal não ultrapassou 75.370 unidades.

Provocou, assim o Representado, uma demanda reprimida do medicamento, ao usuário, dependente obrigatório, o que, por si só, configura a gravidade da prática abusiva do Representado.

Prática abusiva, repita-se, por que nos autos não conseguiu o Representado comprovar que a redução drástica da produção tenha decorrido, efetivamente, de causas operacionais, técnicas ou de outra natureza.

Conforme bem demonstrou o ilustre Procurador do CADE, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, em seu fundamentado parecer, ficou patente, no caso, a infração à ordem econômica, assim tipificada no art. 2º, inciso III, alínea c, da Lei nº 4.137/62.

Manifesto, por tais razões, integral concordância com o bem lançado voto do ilustre Conselheiro Relator, José Matias Pereira, pela procedência da Representação e consequente aplicação da penalidade cabível, no caso, a multa, fixada em consonância com a legislação em vigor.

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES

O voto proferido pelo ilustre Conselheiro Relator contém elementos de prova suficientes para imputação de prática de abuso do poder econômico.

Os dados estatísticos citados demonstram cabalmente que as médias mensais produzidas e comercializadas pelo Laboratório PFIZER LTDA no 1º semestre de 1991 foram bastante inferiores àquelas verificadas em iguais períodos de anos anteriores, agravado pelo fato de que o medicamento faltava em 77% das drogarias de São Paulo, sendo que algumas não os recebiam há três meses, demonstrando o desabastecimento do mercado paulistano.

Assim, a conduta objeto do processo foi bem delineada e caracterizou-se, de maneira cristalina, como uma manobra especulativa conducente a elevação dos preços, particularmente quando se sabe que trata-se de um medicamento que desfruta de ampla preferência dos consumidores. Não se tratou, portanto, somente de uma redução circunstancial, conforme alegado pelo Laboratório PFIZER.

Portanto, por entender que as regras do mercado foram falseadas e a coletividades prejudicada, acompanho integralmente o Conselheiro Relator em seu VOTO.

Marcelo Monteiro Soares

VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD

Tenho dúvidas quanto a alguns aspectos levantados em preliminar pelo ilustre advogado da Representada. Peço, Senhor Presidente, vista do processo para melhor proferir o meu voto.

Neide Teresinha Malard

VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD

A Representada alega cerceamento de defesa ao argumento de que o DNPDE teria indeferido a produção de provas legitimamente por ela requeridas, com o objetivo de determinar o mercado relevante e, suplementarmente, a relação de oferta e procura dos produtos que o compõem. Segundo a Representada, a questão da determinação do mercado relevante era fundamental a instrução e apreciação do feito. Cumpria, pois, ao DNPDE determinar qual era o mercado relevante relativo a cada um dos medicamentos, o poder de mercado de cada um dos fabricantes, e a oferta e demanda pertinente a cada medicamento.

Pretendia a Representada, com a pesquisa do mercado relevante, demonstrar a inexistência de desabastecimento, em razão de ter o DIABINESE um substitutivo, fabricado por outro laboratório.

1- Em termos conceituais, o mercado relevante inclui todos os bens e serviços competitivos entre si e os respectivos compradores e vendedores. A determinação desse mercado é de grande importância nos casos de práticas abusivas em detrimento de concorrente para se verificar a existência de posição dominante. Certamente, este não é o caso dos autos. Não se disputa aqui a posição dominante da Representada em relação às suas concorrentes; não se trata de apurar prática restritiva em relação a concorrente, mas conduta especulativa com o fim de promover a elevação de preços por meio de retenção de bens de consumo. Assim, irrelevante o fato de existirem substitutivos do medicamento suprimido do mercado, porque o que se buscou apurar neste processo foi a retenção de determinado medicamento - o Diabinese, marca que, conforme informado pelo CEME às fls. 87, é a mais receitada e a mais consumida.

A questão que se coloca é, então, a de se saber da necessidade real da pesquisa de mercado indeferida pelo DNPDE.

Sobre a inutilidade dessa pesquisa já se manifestou o ilustre Procurador do CADE, no impecável parecer de fls. 429/447, ao fundamento de que o processo fora orientado no sentido de se apurar a falta do Diabinese no mercado, sua supressão ao público, e não se essa falta foi suprida por outro medicamento.

Na verdade, a fungibilidade do produto não tem qualquer relevância para fins de enquadramento da Representada na conduta prescrita no inciso III, alínea c, do art. 2º, da Lei nº 4.137 de 10 de setembro de 1962. Por isso, ainda que possível a substituição do Diabinese por outro medicamento qualquer, configurada estaria a conduta abusiva indicada no referido dispositivo - retenção, em condições de causar escassez, de bens de produção ou consumo - que não requer para a sua realização seja o produto retido caracterizado pela infungibilidade. Necessário apenas que ocorra a retenção, em condições de causar escassez.

No entanto, ainda que não se exija, na espécie, a infungibilidade do medicamento, merecem exame as alegações da Representada a esse respeito. Afirmo o Laboratório que o Diabinese tem como substitutos os produtos DAONIL e MINIDIAB, fabricados pela Hoechst e pela Erba, respectivamente. Louvo-me no parecer do Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, Procurador do CADE, para refutar essa afirmação:

A composição dos três medicamentos não é idêntica. O Diabinese consiste na cloropropamida. O Minidiab é composto de Glipizida. O Daonil, de Glibenclamida (cf. Dicionário de Especialidades Farmacêuticas. Rio, Jornal Brasileiro de Medicina 88/89. Além disso, segundo a mesma publicação, os remédios têm apresentação distinta e a dosagem recomendada não é semelhante. Ainda, quanto ao Daonil, o bulário adverte:

"A substituição de outros antidiabéticos por Daonil (...) deve realizar-se sob controle metabólico, baseado em exames laboratoriais da glicemia e glicosúria"(fls. 436).

Aduz o ilustre Procurador:

"Todos os remédios são vendidos contra prescrição médica. Isso significa que, durante o período de retenção da oferta do Diabinese, o consumidor não poderia simplesmente dirigir-se à drogaria e solicitar um outro remédio para os mesmos fins do Diabinese. Dependeria para tanto de retornar ao seu médico para consultá-lo sobre a mudança, que poderia fazer-se problemática, conforme já se observou.

Estas circunstâncias ressaltam que a fungibilidade da droga produzida pelo Laboratório defendente não era tão dilatada a ponto de a cessação do fabrico do produto não causar tumulto para o consumidor e para a economia"(fls. 437).

É certo que o Diabinese, o Daonil e o Minidiab constituem medicamentos semelhantes, porque derivados do mesmo composto - sulfoniluréia. Isto, todavia, não significa que se possa substituir um pelo outro. Ao contrário, suas características físicas levam a crer que não podem se substituir em relação a qualquer tipo de paciente. No caso, por exemplo, da administração desses medicamentos durante o período gravídico, o Diabinese tem sua posologia e efeitos já conhecidos, o mesmo não ocorrendo com o Daonil, cujos efeitos e interações durante a gravidez não foram ainda determinados.

Inexiste, por outro lado, equivalência quanto ao início e à duração dos efeitos de cada um dos medicamentos. O Diabinese atinge sua concentração máxima, em uma dose única, entre duas e quatro horas, e seus efeitos se prolongam por, no mínimo vinte e quatro horas. O Daonil produz efeitos após três horas da sua administração, os quais perduram cerca de quinze horas (Martindale, *The Extra Pharmacopeia*, 28th Edition, edited by James E. F. Reynolds, The Pharmaceutical Press, London, 1982, p. 852/854). O Minidiab tem sua concentração máxima após duas horas de sua administração, perdurando seus efeitos aproximadamente seis horas (The Merk Index, 10th Edition, published by Merk & Co.Inc., Rahway, N.J., U.S.A., 1983).

2- Improcede, igualmente, a alegação da Representada de inobservância do rito processual previsto no Decreto nº 36, de 14 de fevereiro de 1991. Não houve supressão da fase pré-processual porque esta simplesmente não existe. O processo administrativo instaura-se de imediato, fundado em provas ou indícios, tão logo se tenha conhecimento de fato caracterizador de infração à ordem econômica. Nesse tocante, mais uma vez, tomo emprestadas as razões do ilustre Procurador do CADE para rejeitar o argumento da defendente:

"O Decreto n. 36/91 apenas repisa os termos da lei, descrevendo os diversos momentos da apuração dos fatos ensejadores de punição pela Lei n. 8.158/91. O procedimento relativo à defesa prévia, referido nos arts. 2º e 5º do Decreto de 1991, não constitui, ao contrário do que supõe a defendente, fase pré-processual. O início do prazo para prestar esclarecimentos e apresentar defesa prévia ocorre, conforme se deduz de modo nítido da leitura integral dos dispositivos da Lei n. 8.158/91 e do Decreto n. 36/91, APÓS a abertura do processo administrativo. Este é instaurado tão logo a Secretaria Nacional de Direito Econômico toma conhecimento do fato que, em tese, pode vir a configurar ilícito econômico. Surge então a oportunidade de a empresa defendente demonstrar a desvalia da denúncia. A vista dessa defesa prévia, a Secretaria Nacional de Direito Econômico poderá arquivar de plano o feito

ou, como no caso destes autos, persistindo a possibilidade de se ver configurada hipótese de abuso punível, dar seguimento ao processo.

A defesa prévia, assim, deve ser feita no processo - e nem haveria de ser diferentemente, sob pena de uma duplicação desnecessária de procedimentos, criando-se um "processo informal" seguindo de outro "formal", repetindo estes certos instantes do item daquele. Uma tal situação - repita-se, não prevista na lei - afrontaria até mesmo o objetivo da legislação vigente sobre a repressão do abuso do poder econômico, que prossegue a rapidez na apuração dos fatos e nas decisões administrativas pertinentes."

3- Desprovido também de qualquer fundamento o argumento da defendente de que revogado estaria o art. 2º, inciso III, alínea c, da Lei nº 4.137/62, pela Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. O diploma de 1962 disciplina a repressão ao abuso do poder econômico na esfera administrativa, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, elencando as condutas abusivas passíveis de punição com multa administrativa, enquanto que a Lei 8.137/90 é de natureza penal, definindo crimes contra a ordem tributária, econômica e contra a relações de consumo, puníveis com pena privativa de liberdade e multa, cuja aplicação cabe exclusivamente ao Poder Judiciário. Trata-se, pois, de diplomas legais de natureza diversa, de conteúdo material diferente, incidentes em âmbitos distintos do ordenamento jurídico.

Ressalta-se, ademais, que o processo de apuração das práticas abusivas, na esfera administrativa, de que tratam as leis de defesa econômica é independente do processo criminal, não se comunicando as jurisdições, cada uma atuando em sua esfera de competência. Assim, se ao Poder Judiciário compete processar e julgar os crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei 8.137/90, ao CADE, cabe decidir o processo administrativo das infrações tipificadas na Lei 4.137/62, daquelas elencadas na Lei nº 8.158 bem como qualquer outra conduta ou prática, ainda que não tipificada em lei, que atente contra a ordem econômica.

Não tem, pois razão a Representada quando alega a atipicidade da prática abusiva em que foi enquadrada. A Lei nº 8.158/91, atenta ao dinamismo das práticas industriais e econômicas que estão sempre a propiciar a geração de lucros gananciosos, introduziu nova sistemática em nosso ordenamento para repressão de práticas abusivas, apenas exemplificando em seu art. 3º algumas condutas atentadoras contra a ordem econômica. O leque de opções repressivas acha-se aberto a qualquer conduta ou prática, tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados. A repressão há de conter-se, evidentemente, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, em

obediência ao princípio do devido processo, em sua mais ampla acepção, que, "in casu" foi observado.

4- Pelo que verifico dos autos, os fatos imputados à Representada estão devidamente comprovados, afigurando-se-me insubsistentes as razões de direito invocadas.

Por estas razões, tenho como abusiva a conduta praticada por Laboratórios Pfizer Ltda., pelo que acompanho o bem fundamentado voto do ilustre relator - Conselheiro José Matias Pereira, no sentido de julgar procedente a Representação.

É como voto.

Neide Teresinha Malard