

## **MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**

### **CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**

#### **PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 20**

*REPRESENTANTE: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA*

*REPRESENTADA: GLAXO DO BRASIL S.A.*

#### **DECISÃO**

Por unanimidade os membros do Conselho decidiram pela procedência da Representação, por fato capitulado no art.2, item III, letra "c" da Lei n. 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

**CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselho**

#### **Relator**

JOSÉ MATIAS PEREIRA Conselheiro

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

NEIDE TERESINHA MALARD Conselheira

Fui Presidente:

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO - Procurador

#### **PARECER DO PROCURADOR**

O processo administrativo foi aberto para apurar possível abuso do poder econômico, cometido pelo Laboratório Glaxo, consistente na fixação artificial das quantidades produzidas e vendidas dos remédios Aerolin, em diversas apresentações, Dindevan 50 mg comp. cx c/24, Marevan 5 mg comp. cx c/10, 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. 20.,III, "c", da Lei n. 4.137/62.

Na sua defesa final, o Laboratório alega que necessitou controlar a sua produção diante dos baixos preços que estava habilitado a praticar, por força do controle governamental. Refere-se, às fls. 461, à "necessidade imperiosa de um controle mais rigoroso sobre a produção, como meio de sobrevivência". Acrescenta que "nenhuma empresa está obrigada a produzir em regime deficitário quando o Poder Público lhe impõe determinado preço" (fls. 461).

Reconhece, portanto, de modo inelutável, que debilitou a sua produção motivada por questões de preço dos produtos. Esse fato, ocorrido no primeiro semestre de 1991, é, ademais, confirmado nos autos por dados estatísticos que incorporam informes prestados pelo mesmo Laboratório.

Os argumentos de que a queda de produção se deve a motivos relativos à sazonalidade no uso do medicamento e de que o desabastecimento deve ser debitado ao aumento da procura dos produtos por motivos artificiais, como o alarde da imprensa acerca de eventual falta dos remédios, não convencem.

A Secretaria Nacional de Direito Econômico analisou a produção dos medicamentos de que tratam os autos, comparando justamente a produção dos mesmos no primeiro semestre de 1991 com a verificada nos primeiros semestres de outros anos anteriores. O estudo revelou a ocorrência do problema de produção no ano de 1991. Além disso, o decréscimo da comercialização dos medicamentos ali verificado deveu-se exatamente à drástica redução da oferta pelo Laboratório.

Observa o relatório final da Secretaria Nacional de Direito Econômico, comparando o primeiro semestre de 1991 com o primeiro semestre de 1990, que houve redução da produção de Aerolin 2 mg. em 58%; quanto ao Aerolin 4mg redução de 45% da produção e 48% da comercialização; quanto ao Aerolin 2 mg/5ml xarope c/ 120 ml queda de 54% da produção e de 25% da comercialização; quanto ao Dindevan 50 mg houve paralisação da produção no primeiro semestre de 1991 e uma comercialização irrisória de 21 unidades no período; quanto ao Marevan queda de 36% da produção, que chegou a ser interrompida em maio e em junho.

Está firme, assim, que a empresa reduziu, no primeiro semestre de 1991, a sua produção, com prejuízo ao consumo dos produtos, que não tiveram a sua procura retraída.

Os autos não autorizam outra conclusão que a de que a motivação da atitude do Laboratório se prendeu à questão de preços dos medicamentos considerados. Roboram essa convicção as várias instâncias de pedidos de aumento de preços dos medicamentos, bem como a própria argumentação da empresa nas razões finais, em especial quando se refere a que não estaria obrigada a produzir os medicamentos em condições de lucratividade adversas.

Ademais, os autos não provam que tenha havido outra causa determinante das bruscas reduções de produção dos remédios no período crítico em apreço.

Neste passo, é de rigor mencionar que não se justifica a paralisação no fabrico de remédios de uso contínuo e obrigatório por motivos relacionados com os seus preços. Tal comportamento é de caráter nitidamente especulativo, tendente a sensibilizar o governo, por meio da instauração de crise no mercado, a ceder aos apelos de majoração nos preços dos medicamentos.

É certo que a empresa não é obrigada a produzir o medicamento se não estima que está obtendo a margem de lucro que almeja; neste caso, o comportamento legítimo é o de comunicar ao Ministério da Saúde, com 180 dias de antecedência, o seu propósito de cessar a produção do remédio. Isto é o que determina a legislação em vigor (Decreto n. 79.094/77, art. 13).

Reduzir, entretanto, a produção e, em alguns casos, interrompê-la, causando séria perturbação nas relações de consumo, no intuito de gerar situação propícia a pleito de majoração de preços, não é consentido e caracteriza o abuso do poder econômico tipificado no art. 20., III, "c", da Lei n. 4.137/62.

De fato, deixar de produzir bem de que a população necessita, tal os remédios de uso contínuo e obrigatório, de modo discrepante das obrigações próprias à atividade de fabrico de medicações, equivale a reter indevidamente o produto. Esse procedimento constitui especulação abusiva e não há dúvida de que, no caso dos autos, o propósito do agente econômico era favorecer a elevação de preços.

Não influi sobre a natureza do ilícito a circunstância de os produtos terem os seus preços controlados pelo governo. Isso não torna a infração possível, 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 a constranger o governo a ceder às suas reivindicações.

Por outro lado, a capitulação propugnada neste parecer 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 que 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 ótima da lei fundamental"(Direito Constitucional. Coimbra, Almedina, 1987, p. 164).

Esse princípio da força normativa da Constituição desautoriza ver nas condutas mencionadas no § 40. 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 anunciar e de tornar como de obrigatoria 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 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.

Por esses motivos, o parecer é pela procedência da representação, verificado o cometimento, pelo Laboratório defendente, de fato previsto na Lei n. 4.137/62, art. 2º, III, "c".

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 de

1962. Sugiro que, na fixação da pena, seja considerada a potencialidade nociva do procedimento adotado pela empresa em matéria que diz com a saúde da população, bem assim como o fato de que o Laboratório, chamado à Secretaria Nacional de Direito Econômico, se comprometeu a regularizar a comercialização do produto, fazendo-o adequadamente.

Brasília, 13 de maio de 1992.

**Paulo Gustavo Gonet Branco**

## **RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR**

### **1. A Representação**

O presente processo teve origem em Memorando encaminhado a 19.07.91, pelo Exmo. Sr. Presidente da República, em exercício, Dr. Itamar Franco, ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça, no qual declara haver sido informado de que "o próprio setor farmacêutico vem comprometendo o abastecimento regular de medicamentos, dentre eles 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 delencie a respeito, através da Secretaria Nacional de Direito Econômico - SNDE, no sentido de serem adotadas as providências cabíveis - inclusive a intervenção, se for o caso - visando à imediata normalização do mercado (fls. 01).

### **2. 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, especificamente, ao Laboratório GLAXO S.A., estão documentadas neste processo às fls. 02 e seguintes, e podem ser assim sintetizados:

- em 22.07.91, foi convocada uma reunião com representantes do setor farmacêutico ( dentre estes, o do Laboratório GLAXO ), os quais reconheceram problemas localizados, especialmente na produção de medicamentos de uso contínuo e necessário. Referiram-se a uma pequena

queda de produção, a dificuldade na aquisição de alguns insumos e à defasagem relativa nos preços de alguns medicamentos, o que estaria estimulando a compra de um maior volume de produtos, 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 (fjs. 03);

- seguiram-se solicitações do DNPDE, ao Representado, Laboratório GLAXO, no sentido de serem fornecidas informações sobre a produção e a comercialização dos medicamentos de uso contínuo e obrigatório (fls. 09,35,39, dentre outras);

- as informações trazidas pelo Representado aos autos (como, por exemplo, às fls 40 e seguintes) foram analisadas pelo Coordenador José Carlos da Silva Busto da área econômica do DNPDE, e constam da "Nota" de fls. 142/146;

- nesse documento, tomando-se como referência o 1º semestre de 1990 e o 1º semestre de 1991, foi feito um estudo comparativo da produção e comercialização dos seguintes medicamentos de uso contínuo e obrigatório:

Aerolin	2 mg cx c/20 comp.
Aerolin	4 mg cx c/20 comp.
Aerolin	2 mg/5 ml xarope fr. c/120 ml
Aerolin adulto	2 mg/5 ml fr. c/120 ml
Dindevan	50 mg comp. cx c/24 comp.
Marevan	5 mg comp. cx c/10 comp.
Beclosol	50 mg spray nasal c/200 ds
Beclosol	spray lt c/200 ds

- constatou-se, então, que, com relação ao 1º semestre de 1990, diversos desses medicamentos sofrem uma acentuada queda de produção no 1º semestre de 1991. Assim o Aerolin 2 mg sofreu uma redução de 58%; o Aerolin 4 mg, de 45%; o Aerolin 2 mg xarope, de 54%; o Aerolin Spandets 8 mg, de 68%; Marevan, de 36%; já o Didevan teve a sua produção paralizada desde novembro de 1990;

- concluiu, então, o autor da "Nota", pela existência de fortes indícios de que o Representado, "por motivos não declarados", vinha fixando "arbitrária e artificialmente as quantidades produzidas e comercializadas, com provável retenção de produtos", e sugerindo a instauração do processo administrativo (fls. 146).

### **3. A instauração do processo administrativo.**

A área jurídica do DNPDE, considerando a análise apresentada pelo setor econômico e, tendo em vista que os fatos narrados eram passíveis de enquadramento no art. 2., alínea "a" segunda parte, da Lei n. 8.158, de 08 de janeiro de 1991 e art. 22, inciso III, alínea "c", da Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, sugeriu, nos termos do art. 5. da citada Lei n. 8.158/91, a instauração do processo administrativo, com a conseqüente notificação do Representado para apresentar, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias, defesa prévia e requer as provas desejadas (fls.147).

Anote-se que o dispositivo referido, da Lei n. 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 4.137/92, assim se inscreve.

"Art. 2. 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 apresentar escassez de bens de produção ou de consumo:

Em conseqüência, o Diretor do DNPDE, em despacho publicado no DOU de 19.08.91, instaurou o processo administrativo e determinou a notificação do interessado para apresentar defesa prévia e requerer provas (fls 149 e 151).

#### **4. A defesa prévia do Representado**

Antes mesmo da apresentação da sua defesa prévia, o Representado, atendendo a solicitação do DNPDE (fls. 164), juntou aos autos, às fls. 175/181, demonstrativos de produção e vendas, nos anos de 1987, 1988 e 1989, dos medicamentos Aerolin, em suas diversas modalidades de representação (trata-se de um broncodilatador e antiasmático), Didevan e Marevan (anticoagulantes não injetáveis).

Tais demonstrativos foram analisados pelo DNPDE.

Merecem, todavia, especial atenção, alguns outros dados constantes do quadro comparativo de produção e vendas desses medicamentos, nos meses de julho e agosto de 1991.

Veja-se, a propósito, exemplificativamente:

**Aerolin - 2 mg cx c/20 comp.**

produção: julho/91 - 17.608 unidades

agosto/91- 100.126 unidades

vendas: julho/91- 43.093 unidades

agosto/91- 101.126 unidades

(fls.176)

**Aerolin - 4 mg cx c/20 comp.**

produção: julho/91- 0 unidades

agosto/91-33.902 unidades

vendas: julho/91- 0 unidades

agosto/91- 36.499 unidades

(fls.177)

**Aerolin - 2 mg/5ml xarope frascos com 120 ml**

produção: julho/91- 0 unidades

agosto/91- 376.523 unidades

vendas: julho/91- 45.096 unidades

agosto/91- 402.952 unidades

(fls.179)

**Dindevan - 50 m cx c/20 comp.**

produção: julho/91- 0 unidades

agosto/91- 7.553 unidades

vendas: julho/91- 0 unidades

agosto/91 7.878 unidades

(fls.180)

Em sua defesa prévia, constante, de fls. 182/186, o Representado juntou os documentos de fls. 187/294.

Alega, em síntese, o seguinte:

- que não ocorreu fixação arbitrária e artificial de quantidades produzidas, nem, tampouco, qualquer retenção de estoques;

- que a indústria farmacêutica vem sendo submetida, há longos anos, a um rígido controle de preços, o que provocou uma situação deficitária, a que não está resistindo;

- que as dificuldades do setor foram levadas, ao conhecimento de diversas autoridades;

- que, no caso especial dos medicamentos citados na Nota técnica, pede o Representado atenção para o quadro demonstrativo de suas margens líquidas negativas, no mês de julho de 1991;

- que, diante de tais margens negativas, o Representado se viu forçado a determinar as quantidades que poderiam ser produzidas, "sem comprometer ainda mais a sobrevivência da empresa". E acrescenta: "entre produzir menor volume ou suspender totalmente a produção, a GLAXO teve que optar pela primeira alternativa, com o intuito de preservar-se como fonte produtora daqueles medicamentos" (grifei);

- que, a medida que o consumidor toma conhecimento das dificuldades de produção de um medicamento, ou vem a saber de um possível aumento de preços, adquire um maior número de unidades do que precisa, decorrendo uma maior absorção de medicamentos, com as conseqüentes alegações de redução injustificada na sua produção;

- que, em relação ao Aerolin, trata-se de um produto sazonal, mais procurado e consumido no inverno;

- que, ainda com relação ao Aerolin, o Representado cumpriu, integralmente, com o compromisso assumido junto à SNDE;

- que, assim, não ocorreu fixação arbitrária e artificial das quantidades produzidas e comercializadas, na forma alegada;

- que o Representado tem encontrados sérias dificuldades quanto à disponibilidade de insumos. Assim no caso de vidros e alumínio laminado, conta com reduzido número de fornecedoras; já com relação ao Salbutamol, matéria prima básica para a produção do Aerolin, depende ele de importação de insumos, o que obriga a procedimentos burocráticos demorados;

- que não ocorreu qualquer retenção de produtos, como se pode verificar da análise do documento n.11 ("Resumo de Produção e Vendas por Semestre", fls. 287) e, também, de declarações feitas à SUNAB, pelo Representado, durante a realização de fiscalizações levadas a efeito por aquela entidade ( fls. 289, 291, 293, 294 );

- que, sob o aspecto estritamente legal, contesta a prática de qualquer ilícito à ordem econômica. Assim no que tange ao art. 3. da Lei 8.158/91, a infração somente ocorre quando a conduta da parte objetiva ou tenha como efeito o domínio do mercado, ou o prejuízo da livre concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros; quanto à Lei n. 4.137/62, a infração consiste no estabelecimento de condições de monopólio ou no exercício de

especulação abusiva, com a finalidade de promover a elevação temporária de preços;

- que nada disso ocorre no caso, em exame; o decréscimo temporário do volume de produção de certos medicamentos, inclusive os citados nominalmente, resultou de fatos alheios à vontade do representante ou de razões de sobrevivência econômica.

## **5. Providências complementares adotadas pelo DNPDE.**

Registra, ainda, o processo, outras providências adotadas pelo DNPDE, na busca de elementos informativos complementares à apuração da ocorrência.

Dentre essas, menciono:

- em setembro de 1991, o Coordenador Cláudio João José, do DNPDE, trouxe aos autos informações colhidas junto às distribuidoras (fls. 298/332), a partir das quais se constata o desabastecimento do mercado dos medicamentos citados neste processo, conforme referido às fls. 415;

- também em setembro de 1991, o Secretário Nacional de Direito Econômico encaminhou à Secretaria Nacional da Economia, relato do Presidente do GLAXO, solicitando a intervenção do Ministério da Justiça, no sentido de obter imediata aprovação de estudos de recomposição de preços. Note-se que o referido estudo, elaborado pelo Representado, fora protocolado na Secretaria Nacional de Economia em 10.04.91(fl. 333/345);

- cumprindo o disposto no art 6º do Regulamento aprovado pelo Decret nº36, de 14.08.92, a Secretaria Nacional de Economia encaminhou, em 24.02.92, parecer técnico relativo à matéria de trata este processo.

No documento, de fls. 396/405, aquela Secretaria destaca que o Representado não obteve resultados líquidos positivo nos últimos exercícios, mencionando, ainda, que a lucratividade da empresa foi afetada, nos períodos analisados, pelo elevado montante das despesas financeiras; outro fator que vinha contribuído para comprometer o seu desempenho foi a correção monetária do balanço, do saldo devedor.

Merece especial destaque, no parecer encaminhado pela Secretaria Nacional de Economia, um quadro demonstrativo da evolução de preços dos medicamentos de que trata esta Representação, tomando como base o valor em dólar (fls. 405).

Assim no que concerne ao medicamento Aerolin xarope, o preço médio entre 1984/1992 era de US\$ 0,92, e, o do início de 1992 era de US\$ 0,90; com relação ao medicamento Aerolin 4 mg, o preço médio naquele período era de US\$ 0,77, sendo que o do início de 1992 era de US\$ 0,80; o preço médio do Aerolin 2 mg, naquele período, era de US\$ 0,52, enquanto que no início de 1992, alcançou US\$ 0,53; por fim, o preço médio do

medicamento Marevan, entre 1984/1992, era US\$ 0,28; no início de 1992, era de US\$ 0,26.

## **6. A segunda nota do DNPDE e a manifestação do órgão jurídico.**

Em sua segunda "Nota" técnica, constante de fls.406/418, o Coordenador José Carlos da Silva Busto, após analisar as informações fornecidas pelo próprio Representado, as informações coligidas junto às distribuidoras e também o parecer técnico da Secretaria Nacional da Economia, entendeu subsistentes os fatos que determinaram a instauração do Processo Administrativo.

Ouvido, após, o órgão jurídico (fls. 418), considerando o fato de não haver o Representado requerido a produção de provas, apesar de notificado, e, ainda, levando em conta a subsistência das ocorrências que determinaram a instauração do Processo Administrativo, sugeriu, nos termos da alínea "b" do art. 6. da Lei n. 8.158/91, o encaminhamento do relatório ao Representado para, no prazo de 15 (quinze) dias, deduzir a sua defesa (fls.419/420)

## **7. A defesa final do Representado.**

Em sua defesa final, o Representado, às fls.458/464, traz os seguintes argumentos:

- que a consolidação de dados sobre a produção e comercialização dos medicamentos questionados apresenta vários erros materiais;
- que a acusação específica de retenção de produtos finais é contrariada na próprio relatório do DNPDE, onde consta, no item 11 (fls. 414), não haver sido constatada retenção de produto final;
- que as razões anteriormente apresentadas pelo Representado, que justificavam a imperiosa necessidade de um controle mais rigoroso sobre a produção, foram sumariamente desprezadas;
- que o controle de medicamentos questionados, altamente gravosos em razão dos preços impostos pela autoridade, foi um ato racional de proteção da fonte de trabalho;
- que, a partir de setembro de 1991, a produção e comercialização dos medicamentos, em tela, foram normalizadas;
- que as ações do Representado não se amoldam a nenhuma das hipóteses de delito econômico previsto no art. 3. da Lei n. 8.158/91;
- que, também, face ao reconhecimento da inexistência de retenção do produto, nem mesmo, em tese, o Representado poderia ser acusado de transgressão às normas da Lei n. 4.137/92;

- que a retenção de bens de produção ou de consumo, em condições de provocar escassez, só é punível se resulta no estabelecimento de condições monopolísticas ou no exercício de especulação abusiva, com o objetivo de promover a elevação temporária de preços.

## 8. O "Relatório Final" do DNPDE.

Em seu "Relatório Final", de fls. 465/491, o Coordenador do DNPDE, José Carlos da Silva Busto, consolida um detalhado levantamento anterior dos números de produção e comercialização dos seguintes medicamentos de uso contínuo e necessário, de que trata deste processo: Aerolin 2 mg cx/20 comp; Aerolin 4 mg cx/20 comp; Aerolin 2 mg xarope cx/120ml; Dindevan 50 mg cx/24 comp. e Marevan 5 mg cx/10 comp.

Tal levantamento, tem como base as informações fornecidas pelo próprio Representado - fls. 174 e seguintes - abrange dados estatísticos referentes ao período 1987 - 1991 (1. semestre), e podem ser assim sintetizados:

### **Aerolin 2 mg - cx c/20 comp.**

- média de produção 1987 - 1990 .....555.924 unidades

- média de produção dos primeiros semestres de 1987 -1990  
.....467.926 unidades

- queda de produção do 1º semestre de 1991  
em relação ao 2º semestre de 1990.....65,5%

- queda de produção do 1º semestre de 1991  
em relação ao 1º semestre de 1990.....58%

- queda de produção do 1º semestre de 1991  
em relação à média dos últimos 4 anos.....62%

- queda de produção do 1º semestre de 1991  
em relação à média de produção registrada  
nos primeiros semestres de 1987 - 1990.....54%

No quadro comparativo consolidado, de fls 475, pode-se constatar que o medicamento teve uma produção de 500.293 unidades, no 1º semestre

de 1990, tendo sido comercializadas, 502.884 unidades; já no 1º semestre de 1991, foram produzidas 210.552 unidades e comercializadas 214.752 unidades.

### **Aerolin 4 mg - cx c/20 comp.**

- média de produção 1987 - 1990 .....	344.158 unidades
- média de produção dos primeiros semestres de 1987 - 1990 .....	412.688 unidades
- queda de produção do 1º semestre de 1991 em relação ao 2º semestre de 1990.....	55%
- queda de produção do 1º semestre de 1991 em relação ao 1º semestre de 1990.....	45%
- queda de produção do 1º semestre de 1991 em relação à média dos últimos 4 anos.....	47%
- queda de produção do 1º semestre de 1991 em relação à média produção registrada nos primeiros semestres de 1987 - 1990.....	56%

No quadro comparativo consolidado, de fls 475, verifica-se que o medicamento teve uma produção de 327.971 unidades, no 1º semestre de 1990, tendo sido comercializadas 348.923 unidades; já no 1º semestre de 1991, foram produzidas 180.146 unidades e comercializadas 177.601 unidades.

### **Aerolin 2 mg 5 ml xarope - c/120 ml**

- média de produção 1987 - 1990.....	2.238.261 unidades
- média de produção dos primeiros semestres de 1987 - 1990.....	1.852.001 unidades
- queda de produção do 1º semestre de 1991 em relação ao 2º semestre de 1990.....	77%

- queda de produção do 1º semestre de 1991 em relação ao 1º semestre de 1990.....54%
- queda de produção do 1º semestre de 1991 em relação à média dos últimos 4 anos.....61,15%
- queda de produção do 1º semestre de 1991 em relação à média de produção registrada nos primeiros semestre de 1987 - 1990.....53%

No quadro comparativo consolidado de fls.475, constata-se que o medicamento teve uma produção de 1.922.327 unidades, no 1º semestre de 1990, quando foram comercializadas 11.740.496 unidades; já no 1º semestre de 1991, foram produzidas 869.490 unidades e comercializadas 1.308.195 unidades.

#### **Marevan 5 mg - cx c/10 comp.**

- média de produção 1987 - 1990.....123.525 unidades
- média de produção dos primeiros semestres de 1987 - 1990.....97.488 unidades
- queda de produção do 1º semestre de 1991 em relação ao 2º semestre de 1990.....60%
- queda de produção do 1º semestre de 1991 em relação ao 1º semestre de 1990.....36%
- queda de produção do 1º semestre de 1991 em relação à média dos últimos 4 anos.....40%
- queda de produção do 1º semestre de 1991 em relação à média de produção registrada nos primeiros semestres de 1987 - 1990.....24% (fls. 477)

No quadro comparativo consolidado de fls. 475, verifica-se que a produção do medicamento, no 1º semestre de 1990, atingiu 115.046 unidades,

enquanto foram comercializadas 112.694 unidades; no 1º semestre de 1991, foram produzidas 73.355 unidades e comercializadas 105.697 unidades.

**Dindevan 50 mg - cx c/24 comp.**

- média de produção no 2º semestre de 1990.....30.956 unidades

- a produção foi interrompida no 1º semestre de 1991 (fls. 477).

Em sua "Nota", destaca, ainda, o Coordenador, que os erros materiais apontados pelo Representado prejudicaram apenas as análises de produção do medicamento Aerolin - 2 mg. 5 ml/xarope. Ainda destaca que o quadro apresentado no "Relatório Final", às fls. 475, já incorpora as devidas correções, sendo de se registrar que o medicamento referido continuou apresentando acentuada queda de produção no 1º semestre de 1991 (fls. 488).

Refuta, ainda, o argumento do Representado, no sentido de que, inexistindo retenção de produto, a sua conduta não pode ser tipificada como abusiva, uma vez que, no caso, foi constatado que a comercialização acompanhou de perto a produção.

Enfatiza o Coordenador que, "retenção de produto" não se dá apenas na forma clássica de estocagem e não comercialização do produto final.

E, conclui, nesta parte:

"A paralização ou redução drástica na produção, mantidos os níveis usuais de demanda, pode, indubitavelmente, ser considerada uma forma mais moderna de retenção de produto".(fls.489)

Com relação à falta de tipificação da conduta do Representado na Lei nº 4.137/62, em seu artigo 2., inciso III, letra "c", reafirma que, ao longo deste processo, tem sustentado que, "de forma preconcebida, a Representada diminuiu drasticamente a produção dos medicamentos com o objetivo de promover a elevação de preços".

E, por fim, propõe o encaminhamento do processo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, para as medidas de sua competência, nos termos do art.7. da Lei n. 8.158/81, o que foi formalizado, a 08.04.92, pelo Secretário Nacional de Direito Econômico.

**9. O parecer do Procurador do CADE.**

Em seu parecer de fls. 503/511, o douto Procurador do CADE, Paulo Gustavo Gonet Branco, destaca estar evidenciado, nos autos, que a empresa reduziu no primeiro semestre de 1991 a sua produção, com prejuízo ao consumo dos produtos, que não tiveram a sua procura retraída.

Assinala, ainda, que este processo não permite outra conclusão, se não a de que a motivação da atitude do Laboratório se prendeu à questão de preços dos medicamentos considerados. Confirmaram essa convicção, os seguidos pedidos de aumento de preços, bem como a argumentação da empresa, no sentido de que não estaria obrigada a produzir os medicamentos em condições de lucratividade adversas, além do mais, os autos não indicam outra causa determinante da brusca redução de produção dos remédios, em um determinado período.

Enfatiza, o Procurador, que a paralização no fabrico de remédios de uso contínuo e necessário, por motivos relacionados com seus preços tem caráter nitidamente especulativo; visa a sensibilizar o governo, por meio de instauração de crise no mercado, a ceder aos apelos de majoração nos preços.

Se a empresa não deseja continuar produzindo determinado medicamento, por motivo relacionado com a não obtenção da margem de lucro almejada, cumpre-lhe comunicar a cessação da produção do remédio, com antecedência de 180 dias, ao Ministério da Saúde, e o que dispõe o art. 13 do Decreto nº 79.094/77.

Reduzir a produção ou interrompê-la, causando séria perturbação nas relações de consumo, no intuito de gerar situação propícia a pleito de majoração de preços - continua - "não é consentido e caracteriza o abuso do poder econômico tipificado no art. 2., III, "c", da Lei nº 4.137/62".

De fato, deixar de produzir bem de que a população necessita, equivale a reter indevidamente o produto.

Ressalta que o fato de os produtos terem os seus preços controlados pelo Governo não torna a infração impossível; isto porque, conforme os autos o ilustram, é concebível "que a empresa se empenhe em manobra repudiada pelo sistema legal de proteção da economia, visando a constranger o governo a ceder às suas reivindicações".

Enfrentando a matéria sob o prisma constitucional, afirma que a capitulação propugnada em seu parecer não destoa do § 4º do art. 173 da Constituição, que assim dispõe:

"A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros"

Isto porque, não está a norma constitucional a impedir que o legislador descreva outros comportamentos como abusivos do poder

econômico; estabelece, sim, o núcleo necessário à lei que visa a regular o tema do abuso econômico, sem impedir que a lei se refira a outros comportamentos como passíveis de sanção, por abusivos, desde que também condene a situação que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.

Ainda que assim não fosse, no caso dos autos haveria considerar que o Laboratório visava a obter um aumento arbitrário de lucros, eis que, em margem superior àquela tida como justa pelo Governo, naquele momento, à luz de considerações de ordem social e econômica.

Conclui, manifestando-se pela procedência da Representação, "verificado o cometimento, pelo laboratório defendente, de fato previsto na Lei nº 4.137/62, art. 2º, III, "c".

Sugere, por fim, que, na aplicação de multa cabível, se considere "a potencialidade nociva do procedimento adotado pela empresa em matéria de saúde da população, bem assim o fato de que o Laboratório, chamado à Secretaria Nacional de Direito Econômico, se comprometeu a regularizar a comercialização do produto, fazendo-o adequadamente".

Este é o Relatório.

**Carlos Eduardo Vieira de Carvalho**

## **VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR**

### **1. Considerações preliminares.**

Tendo em vista a Representação formulada em 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. 1. da Lei n. 8.158/91, passou a apurar procedimento do Representado, Laboratório Glaxo do Brasil S.A, eventualmente caracterizável como forma de abuso do poder econômico.

Considerados os termos da Representação, o trabalho de apuração de SNDE, através do seu Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica - DNPDE, objetivou, como ponto de partida, verificar a possível prática, pelo Representado, de desabastecimento propositado de medicamentos de uso contínuo e obrigatório, para pressionar a liberação de preços.

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

## **2. A ampla defesa assegurada ao Representado.**

Cumpre a assinalar, desde logo, que, em todas as fases, neste processo, foram sempre assegurados ao Representado, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, cumprindo-se, assim, em sua plenitude, o disposto no inciso IV do art. 5. da Constituição Federal.

Leiam-se, a propósito, a defesa prévia, às fls. 182/186, e a defesa final, às fls 458/464, sem embargo de diversas outras manifestações do Representado, nestes autos.

É importante assinalar, também, que as análises efetuadas pelo DNPDE tiveram, como ponto de referência, os dados fornecidos pelo próprio Representado, conforme está registrado, por exemplo, às fls. 466 e 474.

## **3. Fatos sobre os quais não há controvérsia nos autos.**

Constata-se, no processo, a existência de fatos de inegável importância para a tipificação legal do procedimento do Representado e que não foram, sequer, objeto da controvérsia; alguns, por não haverem sido contestados pelo Representado, outros porque foram, por este, expressamente reconhecidos nos autos.

Dentre tais fatos, mencionam-se:

- A decisão do Representado de reduzir a produção dos medicamentos de que se trata o processo.

O próprio Representante admite, em sua defesa prévia, às fls. 184, haver determinado as quantidades que poderiam ser produzidas, alegando razões econômicas, de sobrevivência da empresa. E complementa: "entre produzir menor volume ou suspender totalmente a produção, a GLAXO teve que optar pela primeira alternativa, com o intuito de preservar-se como fonte produtora daqueles medicamentos".

Mais adiante, em razões finais, o Representado reafirma sua posição: "o controle da produção dos medicamentos questionados, altamente gravosos em razão dos preços impostos pela Autoridade, foi um ato de proteção da fonte de trabalho, dentro dos princípios constitucionais e legais, preservada a atividade empresarial como um todo".(fls. 461).

- O motivo determinante da adoção de tal "política" e o objetivo visado.

Como se pode inferir das manifestações do próprio Representado, a decisão de reduzir a produção de medicamentos essenciais à população teve como motivo a sua inconformidade com os preços fixados pelo governo, os quais, segundo sua avaliação, eram insuficientes ou gravosos.

Assim sendo, a única explicação possível, no caso, é a de que, com o seu procedimento, objetivava o Representado uma elevação dos preços dos medicamentos; ou seja, através da instauração de uma crise de abastecimento, no mercado, visava a pressionar ou sensibilizar o Governo a ceder aos apelos de majoração de preços, conforme, aliás, já vinha pleiteando as autoridades (fls.333/345).

- O efetivo desabastecimento do mercado.

A decisão de reduzir a produção de medicamentos essenciais - ou mesmo de paralização total, como aconteceu em determinado caso - foi eficazmente posta em prática pelo Representado, desabastecendo seriamente o mercado, no primeiro semestre de 1991, conforme plenamente constatado pelo DNPDE/SNDE, a partir de dados fornecidos pelo próprio Laboratório (v. análises de fls. 466/471) e devidamente registrados às fls. 415, através de documentação compilada junto às distribuidoras.

Tais análises e avaliações, das quais teve o Reconhecimento pleno, eis que anteriormente registradas no processo, às fls.406/414, não foram contestadas pelo Laboratório, inclusive em sua defesa final (fls.458/464), que, no particular, limitou-se a argüir certos erros materiais de transcrição, sem qualquer influência na apuração dos fatos e nas conclusões, e que foram devidamente considerados pelo DNPDE, em sua consolidação final (fls. 475/488).

A propósito, não será demasiado mencionar que:

- o medicamento Aerolin 2 mg - cx c/20 comp. teve uma produção de 500.293 unidades no 1º semestre de 1990, quando foram comercializadas 502.884 unidades, enquanto que, no 1º semestre de 1991, a produção baixou para 210.552 unidades, havendo sido comercializadas 214.752 unidades (fls. 475). Nos meses de fevereiro, abril e maio de 1991, a produção foi interrompida; no mês de abril de 1991, a comercialização foi reduzida de 58.678 unidades (março), para 2.325 unidades sendo interrompida no mês de maio (fls. 466). Assim, pode-se constatar que o medicamento teve uma queda de produção, no 1º semestre de 1991, da ordem de 58%, em relação ao 1º semestre de 1990. Acrescente-se que a queda de produção do 1º semestre de 1991, em relação à média de produção registrada nos primeiros semestres do período 1987-1990, atingiu 54% (fls. 476);

- O medicamento Aerolin 4 mg cx c/20 comp. teve uma produção de 327.971 unidades, no 1º semestre de 1990, havendo sido comercializadas 348.923 unidades, enquanto que, no 1º semestre de 1991, a produção baixou para 180.146 unidades, havendo sido comercializadas 177.601 unidades (fls. 475); no mês de junho de 1991, foram interrompidas a produção e venda do medicamento (fls. 467). Assim, pode-se constatar que o medicamento teve uma queda de produção no 1º semestre de 1991, da ordem de 45%, em relação ao 1º semestre de 1990. Acrescente-se que a queda de produção do 1º

semestre de 1991, em relação à medida de produção registradas nos primeiros semestres do período 1987-1990, atingiu 56% (fls. 476);

- O medicamento Aerolin 2 mg 5 ml xarope - c/120 ml teve uma produção de 1.922.327 unidades, no 1º semestre de 1990, quando foram comercializadas 1.740.496 unidades, enquanto que, no 1º semestre de 1991, a produção baixou para 869.490 unidades, havendo sido comercializadas, 1.308.195 unidades (fls. 475). Assim pode-se constatar que o medicamento teve uma queda de produção, no 1º semestre de 1991, da ordem de 54%, em relação ao 1º semestre da 1990. Acrescente-se que a queda de produção do 1º semestre de 1991, em relação à média de produção registrada nos primeiros semestres do período 1987-1990, atingiu 53% (fls.476/477);

- O medicamento Marevan 5 mg - cx c/20 comp. teve uma produção de 115.046 unidades, no 1º semestre de 1990, quando foram comercializadas 112.694 unidades; já no 1º semestre de 1991, a produção baixou para 73.355 unidades, enquanto foram comercializadas 105.697 unidades (fls 475). Tanto a produção, quanto a venda, foram interrompidas em maio e junho de 1991 (fls. 408). Assim, pode-se constatar que o medicamento teve uma queda de produção, no 1º semestre de 1991, da ordem 36%, em relação ao 1º semestre de 1990. Acrescente-se que a queda de produção do 1º semestre de 1991, em relação à média de produção registrada nos primeiros semestres do período de 1987-1990, atingiu 24% (fls. 477);

- O medicamento Dindevan 50 mg cx c/24 comp. teve uma produção de 23.500 unidades no 1º semestre de 1990, quando foram comercializadas 24.483 unidades. No 1º semestre de 1991, tanto a produção, quanto a comercialização, sofreram total paralisação (fls. 468, 475 e 477).

#### **4. A defesa do Representado**

O Representado, em sua defesa prévia de fls. 187/294, e, em razões finais, às fls 458/464, alinha argumentos, buscando comprovar a legitimidade da sua conduta, não tipificável, segundo entende, como qualquer forma de abuso do poder econômico e a justificar, assim, a improcedência da Representação.

Afirma que, face ao reconhecimento da inexistência de retenção de produtos, nem em tese poderia ser acusado de transgressão às normas da Lei nº 4.137/62, especificamente, o seu art. 2. inciso III, letra "c" (fls. 463).

Todavia, tal fato, de nenhuma forma, descaracteriza a infração à ordem econômica, de que trata o dispositivo antes referido.

Isto porque, ao decidir reduzir drasticamente a produção dos medicamentos - e paralizá-la, mesmo, em um dos casos, como reconhece às fls.194 e 461 - desabasteceu o mercado, provocando a escassez de bens de consumo.

Anota, a propósito, o Coordenador do DNPDE, às fls. 488/489, que "retenção de produto" não se dá apenas na forma clássica de estocagem e não comercialização do produto final. "A paralização, ou redução drástica na produção, mantidos os níveis usuais da demanda, pode indubitavelmente, ser considerada uma forma mais moderna de retenção de produto", conclui.

Em bem lançado Parecer, o ilustre Procurador do CADE, Paulo Gustavo Gonet Branco, também enfrenta a questão com absoluta propriedade:

"Reduzir, entretanto, a produção e, em alguns casos, interrompê-la, causando séria perturbação nas relações de consumo, no intuito de gerar situação propícia a pleito de majoração de preços, não é consentido e caracteriza o abuso do poder econômico tipificado no art. 2º, III, "c", da Lei nº 4.137/62.

De fato, deixar de produzir bem de que a população necessita, tal os remédios de uso contínuo e obrigatório, de modo discrepante das obrigações próprias à atividade de fabrico de medicações, equivale a reter indevidamente o produto. Esse procedimento constitui especulação abusiva e não há dúvida de que, no caso dos autos, o propósito do agente econômico era favorecer a elevação de preços". (fls. 507).

Continuando em sua linha de defesa, destaca o Representado, às fls. 464, que, nos termos da lei nº 4.137/62, "a retenção de bens de produção ou de consumo só é punível se resulta no estabelecimento de confissões monopolísticas ou no exercício de especulação abusiva, com o objetivo de promover a elevação temporária de preços."

Todavia, está suficientemente comprovada, nos autos, a prática da especulação abusiva com o propósito de promover a elevação dos preços dos medicamentos.

Bem a propósito, deve ser mencionado - como o fez o, ilustre Procurador do CADE - que "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 gerar situação que tenda a constranger o governo a ceder às suas reivindicações"(fls. 507/508).

5.2 - Contesta, também, a empresa, às fls. 462, que tenha fixado arbitrária e artificialmente as quantidades produzidas e vendidas (fls. 402).

Todavia, é o próprio Representado que afirma, expressamente, às fls. 184 e 461, haver determinado as quantidades que poderiam ser produzidas (fls. 186) e a adoção de um controle mais rigoroso sobre a produção (fls. 461).

5.3 - menciona, também, o Representado, vagamente, às fls. 184/185, dificuldades enfrentadas no que se refere a disponibilidades de insumos e também a procedimentos demorados na importação do Salbutamol, matéria prima básica para a produção do Aerolin. Faz, ainda, uma alusão a compromisso que anteriormente firmara com a CEME, o que teria contribuído para a redução na distribuição dos produtos citados, a farmácias e drogarias, no 1º semestre de 1991.

Todavia, nenhuma prova fez nesse sentido.

Fica, mesmo, claramente comprovada, nestes autos a inexistência de quaisquer óbices técnicos à produção dos medicamentos referidos, quando o próprio Representado, em ofício dirigido ao DNPDE, anexa documentos com as seguintes referências:

**Aerolin 2 mg - cx c/20 comp.**

julho/91 - produção: 17.608 unidades - venda: 43.093 unidades  
agosto/91 - produção: 100.126 unidades - venda: 101.126 unidades

**Aerolin 4 mg - cx c/20 comp.**

julho/91 - produção: 0 unidades - venda: 0 unidades  
agosto/91 - produção: 33.902 unidades - venda: 36.499 unidades

**Aerolin 2 mg 5 ml xarope - frascos com 120 ml**

julho/91 - produção: 0 unidades - venda: 45.096 unidades  
agosto/91 - produção: 376.523 unidades - venda: 402.952 unidades

**Dindevan 50 mg - cx c/24 comp.**

julho/91 - produção: 0 unidades - venda: 0 unidades  
agosto/91 - produção: 7.553 unidades - venda: 7.878 unidades

Com relação ao produto Marevan, não se registraram variações significativas (fls. 181).

Tais informações comprovam que dispunha o Representado de todas as condições técnicas para produzir os medicamentos no curso do primeiro semestre de 1991, tendo em vista o surpreendente incremento da produção e comercialização no mês de agosto de 1991, se considerados os quantitativos ínfimos ou nulos de julho de 1991. Conforma-se, assim, plenamente, o fato de que o desabastecimento havido no 1º semestre de 1991 decorreu de uma decisão deliberada da empresa, que não estava obtendo a margem de lucro almejada.

Bem significativa, de fato, é a circunstância de que o início da retomada da produção e comercialização normais de tais medicamentos só veio a ocorrer, como se constatou, em agosto de 1991 - o próprio Reclamado assim o afirma, às fls. 175 e seguintes - ou seja, logo após a interferência, no caso, da Secretaria Nacional de Direito Econômico - SNDE; muito expressivo, também, é tal retomada de produção teve lugar em época coincidente com a edição da Portaria nº 156, de 19.08.91, do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, publicada no D.O.U. de 23.08.91, e que reajustou os preços dos produtos farmacêuticos, dentre os quais, aqueles de uso contínuo, referidos neste processo.

Com referências à CEME, é a própria entidade que esclarece às fls. 121/124, em ofício de 06.08.91, "que o mercado está desabastecido da marca AEROLIN", e que o contrato de fornecimento com a própria CEME não estava sendo cumprido pontualmente pelo Laboratório, o que só veio a ocorrer posteriormente.

5.4 Às fls. 461, em suas razões finais, reconhece uma vez mais, o Representado, que efetivamente procedeu a um controle mais rigoroso sobre a produção, "como meio de sobrevivência e continuidade".

Todavia, os dados colhidos neste processo não registrou o quadro dramático delineado pelo Laboratório.

Veja-se que Secretaria Nacional de Economia, através do seu Departamento de Abastecimento e Preços, ao se referir aos produtos de que trata este processo, embora reconheça uma defasagem de preços, informa, expressamente, que tais medicamentos estavam "tendo tratamento diferenciado, com reajustes reais superiores aos índices inflacionários, nas Comissões das Câmaras setoriais realizadas pela Secretaria Nacional de Economia"(fls. 397).

E o "Quadro Demonstrativo II", constante do mesmo parecer, datado de 21.02.92, ilustra bem que os medicamentos Aerolin e Marevan, se considerados seus preços médios em moeda estável (dólar), no período de 1986 - 1992, sofreram apenas pequenas alterações, para mais ou menos, como se constata a seguir:

Produto	Apresentação	Preços Médios em US\$ (1984/1992)	Preço Atual em US\$
Aerolin	Xpe fr. c/120ml	0,92	0,90
Aerolin	4mg. comp.cx STRX4	c/5 0,77	0,80
Aerolin	2mg. comp.cx. STRX4	c/1 0,52	0,53
Marevan	5mg.comp.cx.c/1 STRX10	0,28	0,26

É imprescindível mencionar, também, que nenhuma empresa que atua na área de fabrico de medicamentos está obrigada a produzir remédios a preços considerados conjunturalmente desfavoráveis.

Caso tal fato ocorra, a providência legal é comunicar ao Ministério da Saúde, com antecedência mínima de 180 (cento e oitenta) dias, que a empresa deseja cessar a fabricação de determinada droga ou medicamento (art. 13 do Decreto nº 79.094 de 05.01.77).

No particular, cabe referir que, somente quando da entrega do seu Memorial, a 16.06.92, informou o Representado haver protocolado no Ministério da Saúde, em data de 17.04.91, "comunicação da suspensão dos produtos Dindevam e Marevan, e, em 26.06.91 a comunicação relativa a suspensão do Aerolin". Juntou, na oportunidade, cópias de documentos referentes a essas providências.

Tal comunicação, todavia, em nada descaracteriza a infração à ordem econômica, de que trata o art. 2º, inciso III, letra "c", da Lei nº 4.137/62.

Isto porque, nos termos do art. 13 do Decreto nº 79.094, de 05.01.77, a comunicação deve ser feita ao órgão de vigilância sanitária do Ministério da Saúde, com antecedência mínima de 180 (cento e oitenta) dias, da cessação da fabricação do medicamento.

E, no caso específico destes autos, como está devidamente comprovado, através de dados fornecidos pelo próprio Representado, o drástico desabastecimento do mercado, decorrente de decisão deliberada do laboratório, ocorreu no curso de todo o primeiro semestre de 1991.

Assim, quando o Representado se predispôs a fazer a comunicação ao Ministério da Saúde, a prática abusiva já estava consumada ou em vias de se consumir; isto, sem embargo do claro descumprimento do prazo de 180 (cento e oitenta) dias, que deve preceder a paralização da fabricação.

Acrescentem-se, ainda, os seguintes dados:

- o medicamento Aerolin 2mg cx. c/ 20 comp. teve a sua produção interrompida nos meses de fevereiro, março e abril de 1991 (fls. 466).

- o medicamento Aerolin 4mg cx. c/ 20 comp. teve a sua produção e venda interrompidas no mês de junho de 1991 (fls. 467).

- o medicamento Aerolin 2ml 5mg xarope fr. c/120 ml teve a sua produção interrompida nos meses de fevereiro e março de 1991; nos meses de abril e maio de 1991, a sua produção foi extremamente inferior àquela de janeiro de 1991; no mês de junho de 1991, a produção do medicamento foi simbólica, não atingindo a 10% da produção de janeiro daquele ano.

- ressalte-se que, com referência ao medicamento Aerolin, a comunicação ao Ministério da saúde se deu a 26.06.91;

- no que concerne ao medicamento Marevan 5mg cx. 10 comp., a produção foi interrompida em maio e junho de 1991 (fls. 408).

- quanto ao medicamento Dindevan, a sua produção sofreu total paralização no 1º semestre de 1991 (fls. 468, 475, 477);

- anote-se que a comunicação ao Ministério da saúde, referente à suspensão temporária dos medicamentos Dindevan e Marevan, se deu a 17.04.91.

Desta forma, é de se entender, como aqui se disse antes, que o controle da produção efetuada pelo Representado, do qual decorreu um drástico desabastecimento do mercado, no 1º semestre de 1991, em uma conjuntura entendida pelo Laboratório como desfavorável, foi uma estratégia adotada estritamente sob a ótica comercial de maximização dos lucros.

## **6. Algumas considerações sobre as especificidades da indústria farmacêutica e a adoção de práticas abusivas**

Reporto-me, nesta parte, a algumas oportunas considerações formuladas pelo eminente Conselheiro do CADE, Marcelo Monteiro Soares, ao proferir, recentemente, o seu voto, no Processo Administrativo nº 19/91, julgado por este órgão.

Naquela ocasião, enfatizou S.Sa. que a indústria farmacêutica é caracterizada pelos estudiosos de mercado, como pertencente à concorrência imperfeita, denominada "oligopólio diferenciado".

Neste tipo de oligopólio, a concorrência de preços não é uma prática utilizada com habitualidade; o esforço competitivo se concentra na publicidade, promoção de vendas, modificações ou inovações no produto.

Esse tipo 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.

Desta forma conclui S.Sa: "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, 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.

É uma situação que se constata, com nitidez, nestes autos.

O Representado, ao, confessadamente, determinar uma drástica paralisação parcial ou total de produtos essenciais, criou uma situação de crise no mercado consumidor, situação esta que atendia aos seus desígnios de sensibilizar o Governo a reajustar suas margens de lucro, consideradas insatisfatórias.

Propiciou uma situação de demanda reprimida dos seus produtos, certamente com possibilidade de gerar nocivas consequências à saúde de determinado segmento da população

Tal demanda reprimida ficou plenamente evidenciada nos autos, ao se analisarem as próprias informações trazidas pelo Representado, às fls. 176, 177, 179, 180. tanto é assim que, com a gradual retomada da normalização da produção, os medicamentos foram integralmente comercializados, demonstrando que a demanda estava insatisfeita e o mercado apresentava-se fortemente comprador.

Assim, está perfeitamente tipificada, no caso, a prática abusiva do poder econômico, na forma prevista no art. 2º, inciso III, alínea "c", da Lei nº 4.137/62, que condena o exercício de especulação abusiva com o fito de promover a elevação temporária de preços, através da retenção, em condições de provocar escassez de bens de consumo.

E, como antes se afirmou, deixar de produzir bens, de que a população necessita, dispondo de insumos, matérias primas e equipamentos, equivale a reter indevidamente o produto.

## **7. Um enfoque constitucional da matéria**

O procurador do CADE, em seu já mencionado Parecer de fls. 503 a 511, analisa, dentre importantes matérias, uma outra questão da maior relevância jurídica, qual seja, a de que a capitulação propugnada para a conduta do Representado - art. 2º, inciso III, alínea "c" da Lei nº 4.137/62 - não destoia do dispositivo constitucional que regula a matéria, qual seja, o § 4º do art. 173:

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

Destaca que a Constituição, em tal dispositivo, não limita a atuação do legislador; estabelece, sim, o núcleo necessário à lei que vier a regular o tema do abuso do poder econômico.

Nada impede - continua - "que a lei se refira, como passíveis de sanção, por abusivos, a comportamentos outros que os que não visem à dominação de mercados, eliminação da concorrência ou ao aumento arbitrário de lucros, desde que, é claro, necessariamente também condene estes fatos.

Propugnar pelo ponto de vista de que o constituinte pretendeu que apenas algumas formas de abuso do poder econômico fossem punidas, permitindo que outras campeassem livremente, seria desafiar o bom senso, enfatiza.

E invoca a boa lição de GOMES CANOTILHO,

"Na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se preferência 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, pag. 164),

Para concluir, nesta parte, o ilustre Procurador:

"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".

Mais adiante, observa: "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".

Isto porque, se a empresa alega que estava produzindo remédios com desvantagens e pretendia obter a margem de lucro que estimava adequada, tal aumento de lucro seria arbitrário.

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

## 8. Conclusão de voto

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

E, neste sentido, as diligências efetuadas pelo DNPDE/SNDE, as análises e conclusões do seu corpo técnico, os pronunciamentos do seu setor jurídico, as várias manifestações do próprio Representado, a prova documental colhida, enfim, não me deixam dúvida quanto à ilicitude do procedimento do Representado, Laboratório Glaxo do Brasil S.A.

Con efeito, entendo perfeitamente tipificada, no artigo 2º, inciso III, alínea "c", da Lei nº 4.137, de 10.09.62,

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 dos preços, por meio de:

-----  
-----

- retenção em condições de provocar escassez de bens de produção ou de consumo.

-----  
-----

Os fatos configuradores do abuso do poder econômico surgem, com nitidez, neste autos, a saber:

- O representado decidiu, confessadamente, reduzir drasticamente ou paralisar a produção de medicamentos de uso contínuo e obrigatório, durante o 1º semestre de 1991. Estes os medicamentos: Aerolin, em três modalidades de apresentação, Dindevan e Marevan, sendo o primeiro broncodilatador e antiasmático e os outros, anticoagulantes não injetáveis;

- esta decisão foi motivada pela inconformidade do Representado com os preços fixados pelo Governo, para tais medicamentos, os quais, no seu entender, não atendiam à margem de lucratividade desejada;

- os elementos colhidos nos autos autorizam concluir que tal decisão se preordenava a criar uma grave crise de abastecimento no mercado, gerando

uma situação tendente a sensibilizar ou pressionar o Governo a autorizar uma majoração nos preços dos medicamentos referidos;

- o procedimento do Representado teve, portanto, um caráter especulativo, configurando-se, mesmo, no caso, face às circunstâncias evidenciadas, uma especulação claramente abusiva;

- não se comprovou a existência de quaisquer razões de ordem técnica que obrigassem o Representado a reduzir a produção dos medicamentos;

- ao por em prática sua decisão, o Representado provocou, por evidente, escassez de bens de consumo, gerando grave demanda reprimida, por parte de segmento do mercado consumidor de tais medicamentos essenciais;

- nesse sentido, é bastante significativo que, após assumir o compromisso com o DNPDE/SNDE, e se dispor a retomar a produção normal dos medicamentos, ao curso do segundo semestre de 1991, tais medicamentos foram integralmente comercializados, ficando demonstrado, assim, que a demanda estava insatisfeita e o mercado encontrava-se fortemente comprador;

- como se disse tantas vezes, neste processo, deixar de produzir bem que a população necessita, dispondo de insumos, matérias primas e equipamentos, equivale a reter indevidamente o produto, talvez seja, mesmo, uma face mais perversa de tal procedimento pois, por evidente, inviabiliza a eventual desapropriação do produto final;

- tal prática não se harmoniza, mesmo, com a indispensável postura ética que deve nortear a atuação de uma empresa produtora de bens que dizem com um valor tão importante, como é a saúde da população.

Face às considerações e razões expostas neste documento, e acolhendo, em todos os seus fundamentos e conclusões, o Parecer do eminente Procurador do CADE, o meu V O T O é pela procedência da Representação, eis que comprovado a prática do abuso do poder econômico pelo Representado, na forma do art. 2º, inciso III, alínea "c" da Lei nº 4.137/62, de 10.09.62, antes transcrito.

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 do ilícito e sanções constantes da lei nº 4.137/62, citado, assim como em outros diplomas legais relativos a práticas de abuso de poder econômico.

Em consequência, e observado o disposto no art. 43 da Lei nº 4.137/62, com a redação dada pelo art. 4º da Lei nº 8.035, de 27.04.90, e demais legislação em vigor, fixo o valor da multa em Cr\$ 210.000.000,00 (duzentos e dez milhões de cruzeiros), quantia esta que deverá ser recolhida no prazo máximo de 3 (três) dias úteis, após a publicação da decisão do CADE.

Na fixação da multa, cujo valor se contém entre os limites legalmente determinados, levei em consideração a gravidade do procedimento do Representado, ao desabastecer o mercado de medicamentos vários, de uso contínuo e obrigatório, por parte de um determinado segmento da população e a potencialidade nociva de tal procedimento por outro lado, não deixei de considerar de transitoriedade do problema, eis que, como informam os autos, a produção foi gradualmente regularizada no curso do 2º semestre de 1991.

Este o meu VOTO.

Brasília, 17 de junho de 1991

**Carlos Eduardo Vieira de Carvalho**

### **VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA**

É inegável a consistência dos fundamentos e conclusões a que chegou o E. Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, ao proferir o seu brilhante VOTO, no Processo Administrativo ora em julgamento, cujo Representado é o Laboratório Glaxo do Brasil S.A., no qual concluiu não existir dúvida quanto à ilicitude do procedimento do Representado. A comprovação dos fatos configuradores do abuso do poder econômico, contidos nos autos, demonstram que o Representado decidiu, confessadamente, reduzir ou paralisar a produção de medicamentos de uso contínuo e obrigatório - Aerolin, Dindevan e Marevan - durante o 1º Semestre de 1991.

Ficou claro também que esta decisão foi motivada pela incorformidade do Representado com os preços fixados pelo Governo, para tais medicamentos, que no seu entendimento, apresentavam uma margem de lucro insatisfatória.

Sem comprovar a existência de quaisquer razões de ordem técnica para justificar a redução na produção dos referidos medicamentos Aerolin, Dindevan e Marevan no mercado. O procedimento do Representado, e sobre o qual não tenho nenhuma dúvida (e isto está bem caracterizado no Voto do I. Relator), teve um objetivo especulativo.

É possível constatar, com base nos dados contidos no processo e explicitados no Voto do I. Relator, que de uma forma atípica, a produção e vendas dos referidos medicamentos, em agosto de 1991, retornaram aos níveis demandados pelo mercado consumidor, coincidindo com o aumento de preços dos medicamentos concedido pelo MEFP (Portaria nº 156, de 19.8.91), o que demonstra a afirmação acima, de que não existiam óbices técnicos à produção dos medicamentos por parte da empresa.

É importante registrar também, no caso do medicamento Aerolin - 2mg/5mg xarope - frascos com 120 ml, havia problemas na produção e nas vendas, em julho de 1991. Em agosto de 1991, a produção atingiu o total de 376.523 unidades, e as vendas 402.952 unidades, ou seja, foram vendidas 26.429 unidades acima da produção da empresa (o que representa cerca de 7% da produção do mês de agosto/91). Constata-se portanto, que o Representado, num período crítico de escassez do medicamento, de forma inexplicável, reteve uma parcela significativa do produto, quando deveria promover a sua venda (para um mercado altamente demandador), colocando em risco, dessa forma, a saúde dos usuários do medicamento.

Por estas razões, bem como pela manifestação fundamentada do E. Procurador do CADE, no seu parecer das fls. 511, quando sugere que, na "fixação da pena, seja considerada a potencialidade nociva do procedimento adotado pela empresa em matéria que diz com a saúde da população...", é que acompanho o VOTO do I. Relator, pela procedência da Representação, eis que comprovada a prática do abuso do poder econômico, capitulado no art. 2º, inciso III, alínea c, da Lei nº 4.137/62.

Brasília - DF , 17 de junho de 1992

**José Matias Pereira**

### **VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TEREZINHA MALARD**

O relatório exaustivo e o bem fundamentado voto do Sr. Relator deixam claro que houve queda de produção significativa e paralização da produção em um dos casos.

A Representada alega racionalização da produção, objetivando a sobrevivência da empresa. O interessante, no entanto, é que essa política de racionalização só durou até o momento em que a SNDE atuou para verificar a ocorrência de prática abusiva.

Está, a meu ver, comprovado que não houve produção por parte da Representada. Não importam as razões por que assim atuou. Causou, com sua ação, o desabastecimento do mercado. isso é tudo. Pouco importa que tenha retido o produto em sua forma final ou em matéria-prima. A última forma é até mais perversa, conforme observa o ilustre relator, pois o produto final poderia ter sido desapropriado se assim fosse necessário, na forma da legislação em vigor.

A conduta abusiva causou pânico no mercado, induzindo pacientes a correrem às drogarias para formarem estoques, pois não poderiam deixar de

usar medicamentos que necessitavam, prescritos de forma contínua e obrigatória.

Por essas razões, acompanho integralmente o VOTO do Sr. Conselheiro Relator, pela procedência da Representação e aplicação da multa.

**Neide Teresinha Malard**

**Parecer do Procurador Paulo Gustavo Gonet Branco sobre Mandado de Segurança Impetrado pela Representada**

Senhor Presidente.

O impetrante se volta, no mandado de segurança, contra o prazo de três dias para o recolhimento da sanção pecuniária imposta por acórdão deste Conselho, publicado em 22.6.92. Formula pedido para que não seja obrigado a pagar a multa "até que o Sr. Ministro da Justiça declare os efeitos em que recebe recurso da impetrante, a ser interposto no prazo legal".

Entende a inicial que a multa somente seria exigível uma vez definido em que termos o Ministro da Justiça receberia o recurso, de que cogita a Lei nº 8.158/91, art. 21, que o impetrante acredita ter cabimento na espécie. Fala que a sua tese estaria reforçada pela circunstância de a lei não prever, especificamente para as multas aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, um prazo para o seu pagamento.

O raciocínio da empresa não deve impressionar.

O fato de a legislação específica sobre o abuso do poder econômico não conter disposição acerca do prazo de que dispõem os agentes condenados neste Conselho para pagar a multa não causa nenhum embaraço à incidência da regra comum sobre a exigibilidade de obrigações como a da espécie. Aplica-se, aqui, a norma do art. 127 do Código Civil, que diz serem exequíveis, desde logo, os atos sem prazo.

Nem se duvide da adequação dessa regra aos atos administrativos. Estes, como cediço, nada mais são do que "um tipo de ato jurídico" (Celso Antônio Bandeira de Mello. Ato Administrativo e Direitos dos Administrados. São Paulo, RT, 1981, p. 12).

Assim, a multa imposta pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica é exigível de pronto, uma vez que a lei não dispõe diferentemente.

Por outro lado, sustenta a inicial que cabe recurso ao Ministro da Justiça da decisão deste Conselho, no prazo de dez dias, e que, à irresignação,

o titular do Ministério, pode conferir efeito meramente devolutivo ou também suspensivo, por força do art. 23 da Lei nº 8.158/91. Advoga que:

"A interposição do recurso tem efeito suspensivo à falta de previsão contrária, como paradigma processual básico (...) até que a autoridade ad quem declare da outra forma ao receber o apelo".

Aceitando-se, apenas para efeito de argumentação, a possibilidade de tal recurso na espécie, tampouco isso faz com que a multa imposta tenha a sua exigibilidade suspensa até o momento em que o Ministro de Estado se manifeste. A tese sustentada no trecho acima citado da inicial não tem pertinência na hipótese - que não cuida de processo civil, mas de processo administrativo. As peculiaridades deste arredam, no particular, o ponto de vista referido pela empresa.

No processo administrativo vige o princípio de que o recurso administrativo tem apenas efeito devolutivo - não suspendendo a eficácia da decisão impugnada -, a não ser que a lei e a autoridade administrativa digam expressamente o contrário.

Esta a lição da Hely Lopes Meirelles:

"Os efeitos do recurso administrativo são, normalmente, o devolutivo, e por exceção, o suspensivo. Daí por que quando o legislador ou o administrador quer dar efeito suspensivo ao recurso deve declarar na norma ou no despacho de recebimento, pois não se presume a exceção, mas sim a regra. No silêncio (...) o efeito é o devolutivo"(Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, RT, 10a. ed., p. 572).

Bem claro, outrossim, o magistério de Sérgio de Andréa Ferreira:

"A regra geral é que o recurso administrativo não tem o efeito suspensivo, isto é, a decisão impugnada pode ser executada pela Administração Pública ainda na pendência do recurso"(Direito Administrativo Didático. Rio, Forense, 1981, p. 264).

Percebe-se, pois, que, ainda que se pretenda cabível o recurso ao Ministro de Estado neste caso, não se pode supor que o recurso conte efeito suspensivo. Ele só o terá se o Ministro da Justiça assim o proclamar. Antes disso, prevalece a regra geral de que não se presume tal efeito.

Assim sendo, a decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica está apta a produzir, desde o instante em que publicada, todos os seus efeitos. A administração pode exigir a satisfação da multa, por se tratar de ato totalmente aperfeiçoado, reunindo todos os requisitos para produzir, desde já, os efeitos que lhe são próprios.

A decisão do CADE merece ser cumprida sem delonga. A circunstância de, no caso dos autos, ter-se dado o prazo de três dias para o pagamento da sanção pecuniária retrata apenas a compreensão do Conselho para com a empresa. Trata-se de permitir a ela que se aparelhe para saldar a dívida, antes que ela venha a ser inscrita. Não resta subtraída do decisório, porém, a sua intrínseca exigibilidade imediata.

A segurança não deve ter êxito e é legítimo aguardar que a liminar concedida se veja revogada.

Essas as informações que sugiro sejam encaminhadas à Justiça Federal, juntamente com o acórdão proferido pelo CADE, acompanhado do parecer desta Procuradoria.

Brasília, 14 de julho de 1992.

**Paulo Gustavo Gonet Branco**