

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 18

REPRESENTANTE: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

REPRESENTADA: LABORATÓRIO MERREL LEPETIT FARMACÊUTICA 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\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de cruzeiros), a ser recolhida pela Representada no prazo máximo de 03 (três) dias úteis, a partir da publicação da Decisão no Diário Oficial da União.

Plenário do CADE, 22 de julho de 1992

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro Relator

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

Fui Presente:

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO - Procurador

PARECER DO PROCURADOR

Em 19.07.91, o Presidente da República em exercício encaminhou ao Ministro da Justiça memorando em que dava conta de notícias de que o setor farmacêutico vinha comprometendo o abastecimento regular de remédios de uso contínuo e obrigatório, recomendando providências. No âmbito deste Ministério, então, obteve-se do Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos de Brasília (ABCFARMA) uma lista de medicamentos que estariam em falta no mercado da Capital - na qual figura o Equilid e o Selopress, ambos fabricados pelo laboratório Merrell Lepetit. A

Secretaria Nacional de Direito Econômico instaurou processo administrativo contra o laboratório (cf. despacho publicado no Diário Oficial de 19.08.91 - fls. 289). A empresa recebeu, em consequência, expediente, onde consta o dispositivo legal em que estaria incurso (art. 2º., III, "c" da Lei n. 4.137/62), bem assim, a narrativa dos fatos que lhe são atribuídos, constantes de nota técnica, onde se apontam indícios de irregularidades na comercialização dos produtos Equilid, embalagem com 20 cápsulas de 50 mg., Selopress, com 20, embalagem com 20 comprimidos sem dosagem específica, e o Equilid, embalagem de 20 comprimidos de 200 mg. A empresa, no dizer do expediente, estaria causando o desabastecimento desses remédios de uso contínuo e obrigatório, com finalidade especulativa.

Cumpridos os trâmites processuais, a Secretaria Nacional de Direito Econômico concluiu pela remessa dos autos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, entendendo positivado o abuso do poder econômico, cuja suspeita dera origem ao feito.

O relatório final, da lavra do Dr. José Carlos da Silva Busto, realiza um apanhado geral de todos os dados constantes dos autos, corrige elementos estatísticos, a partir de sugestões da própria defendente, e conclui que:

"Por motivos não justificados no âmbito deste processo, a representada diminuiu consideravelmente a produção dos medicamentos de uso contínuo e obrigatório, analisados acima, no primeiro semestre de 1991, com o objetivo de promover a elevação de preços" (fls. 514).

Diz o relatório que a produção e a comercialização dos produtos sofreram redução considerável, se comparado o primeiro semestre de 1991 com os primeiros semestres de anos anteriores.

Esses dados, vistos em conjunto com os informes de farmácias e de distribuidores acerca do desatendimento total ou parcial dos seus pedidos, apontam a causa do desabastecimento no comportamento da empresa.

Ao longo do processo, a empresa apresentou, em oportunidades diversas, defesas que dizem com a validade formal do processo e com o mérito da acusação.

Na primeira linha de argumento, alega que houve cerceamento de defesa.

Sustenta que o processo deveria ser arquivado porque, no memorando enviado pelo Vice-Presidente da República ao Ministro da Justiça, a defendente não é mencionada de modo explícito.

Não há invalidez decorrente dessa circunstância. O processo foi iniciado por determinação do órgão competente da Secretaria Nacional de Direito Econômico, valendo-se de nota técnica específica, onde se

individualiza a conduta do laboratório, em tese capitulável na lei de repressão ao abuso do poder econômico. É quanto basta para que se legitime o procedimento. Neste particular, tem toda a razão o DNPDE ao reparar que a abertura do processo administrativo pode ser feita de ofício pela própria Secretaria Nacional de Direito Econômico - o que torna inócuo não ter o Presidente da República em exercício feito referência ao laboratório no comunicado que motivou as pesquisas deste Ministério.

De fato, dispõe o art. 4º da Lei n. 8.158/91:

"A SNDE atuará de ofício, mediante provocação de órgão ou entidade da Administração Pública ou em razão de representação de qualquer interessado".

Está claro que três são as causas motivadoras da ação da SNDE: a representação advinda da Administração Pública, a representação formulada por particulares, alheios à máquina estatal, e a deliberação espontânea da própria Secretaria.

Cabe, pois, também à Secretaria Nacional de Direito Econômico abrir processos *sponte sua*, presidindo-os até o instante em que sejam remetidos para a decisão de mérito pelo órgão a quem a lei atribui competência judicante - o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

A empresa desenvolve a sua crítica, neste passo, a partir de um equívoco. Lê o art. 4º da Lei n. 8.158/91, extraindo:

"O referido artigo 4º estabelece que a atuação da SNDE será exercida de ofício, mas completa: "mediante provocação de órgão ou em razão de representação de qualquer interessado". Claro está que a atuação da SNDE se inicia por provocação. Só a partir desta provocação é que pode ela agir contra os representados ou denunciados".

A premissa do raciocínio, fundada em contradição nos seus termos, demonstra a fragilidade da conclusão. É mesmo ocioso consignar que, se a ação é exercida de ofício - vale dizer, por iniciativa que independe de impulso externo -, não se pode, pena de manifesta contradição lógica, exigir prévia provocação de terceiros para que a ação ocorra.

A empresa afirma, por outro lado, que houve cerceamento de defesa, porquanto as diligências que requereu não foram atendidas.

Essas diligências eram de diversas ordens. Foi pedido que se enviasse ofício ao Vice-Presidente da República, para que ele esclarecesse se o laboratório estava incluído na representação que formulou ao Ministério da Justiça e para que indicasse quem "denunciou" o desabastecimento. Além

disso, solicitou-se que esses mesmos "denunciante" fossem chamados a provar o fato. Foi requerida, ainda, a oitiva de testemunhas, que, entretanto, sequer se viram nomeadas, para que afirmassem a regularidade do fornecimento dos produtos pelo laboratório (fls. 431/433).

A SNDE indeferiu esses pedidos, com a seguinte resposta:

"1. A denúncia oferecida pela Presidência da República através do MEMO 0001/91-GP/VPR de 19.07.91 é abrangente contra o setor, e apenas a título de exemplificação cita nominalmente alguns laboratórios. Se assim não fosse, este Departamento, fundamentado no artigo 4º da Lei nº 8.158/91, poderia fazê-lo de ofício.

2. A prova testemunhal fica prejudicada pelas razões acima e também pelo fato de que não alterará a substância da representação.

Tendo em vista que as principais fontes de informações são os dados sobre produção e comercialização, fornecidos pela Representada e dados fornecidos pelas distribuidoras e varejistas" (fls. 444).

A empresa acredita que a recusa não se compatibiliza com a garantia da ampla defesa e que

"Viola a norma do art. 5º., parágrafo 2º, da Lei 8.158, que assegura à Representada o direito de produzir todas as provas que julgar necessárias à sua ampla defesa; não sendo dado, à autoridade, o poder absoluto de decidir sobre sua conveniência ou não" (fls. 451).

Não deve prosperar a censura.

A Lei n. 8.158/91, no seu art. 5º, parágrafo 1º, faculta ao agente requerer a produção de provas pertinentes à denúncia. O parágrafo 2º do mesmo artigo esclarece que a SNDE poderá determinar diligências cabíveis e requisitar informes que julgue necessário. Nada nesses dispositivos, porém, autoriza ver um comando à SNDE para que atenda a qualquer pedido de produção de provas, mesmo despropositado e tendente a alongar desnecessariamente o processo. Ao contrário, a lei acolhe o princípio, comum aos processos administrativo, civil e penal, de que à autoridade que preside ao feito incumbe avaliar a admissibilidade das provas que as partes postulam.

A garantia da ampla defesa não colide com esse poder de direção do processo. A garantia constitucional permite ao acusado dispor de todos os meios necessários para proteger os seus interesses - mas, vale a ênfase, os

meios necessários para tanto. O princípio não pode ser invocado de modo a se ver corrompido. Não é curial que, ao invés de operar no sentido de conduzir à solução justa, que a revelação da verdade impõe, seja usado como meio para perturbar o andamento do processo, ofuscando a verdade e retardando - senão impossibilitando - a realização da justiça.

No caso dos autos, não foi censurável a denegação das provas pela SNDE. De fato, conforme já se debateu neste parecer é irrelevante que a defendente não haja sido nomeada no memorando que deu ensejo às pesquisas da Secretaria Nacional de Direito Econômico e à abertura deste processo. Se assim é, não há porque inquirir o Vice-Presidente da República sobre se pretendia também se referir à empresa no seu memorando.

Da mesma forma, não há motivo para que o Vice-Presidente da República venha aos autos nomear os "denunciantes" do setor farmacêutico. Consta do processo as entidades que apresentaram dados acerca da falta dos remédios no mercado. Ademais, quem acusa, neste processo, é a Secretaria Nacional de Direito Econômico e não outra pessoa. A Secretaria é que incumbe provar quanto atribuiu ao laboratório. E isso ela o fez, valendo-se de informes estatísticos, colhidos da própria defendente e de outros agentes econômicos. Não são os agentes, que foram chamados a prestar esclarecimentos, quem tem de provar a realidade do desabastecimento. Eles apenas apresentam dados, apenas informam, não têm o ônus de acusar o laboratório; por isso, tampouco têm o de provar coisa alguma.

Além disso, se os dados colhidos pela SNDE - que, afinal, não foram rejeitados pela defendente na sua realidade numérica - são bastantes para caracterizar o desabastecimento, justifica-se a rejeição da prova testemunhal, por inútil.

Com efeito, nas circunstâncias, deveria o laboratório revelar, no seu pedido de prova testemunhal, não só as testemunhas pretendia ouvir, como também em que a providência afetaria a busca da verdade.

O laboratório parece imaginar que algum distribuidor poderia atestar o fornecimento regular dos produtos. Dados contábeis de vários distribuidores, entretanto, já revelavam o problema da falta de comercialização, de que o mercado, como consubstanciado nos autos e até notoriamente, se ressentia. Se um ou outro distribuidor ainda era atendido nos seus pedidos, isso se revela, de antemão, insuficiente para normalizar o mercado, diante da evidência de que a população permaneça com dificuldades de acesso aos medicamentos - até porque estes tiveram a sua produção reduzida ou descontinuada em períodos relativos ao primeiro semestre de 1991.

Porque não revelada a sua importância e diante das evidências de que a prova testemunhal seria inútil, bem agiu a SNDE ao indeferi-la. A

SNDE exerceu, legitimamente, o juízo, que lhe é próprio, de admissão de provas. Esse juízo não só lhe é atribuído pelo art. 5º e parágrafos da Lei nº 8.158/91, como se conforma ao poder-dever do dirigente do processo de repudiar provas inúteis e protelatórias.

Vale, a propósito, colher da doutrina quanto se ensina a respeito. Celso Agrícola Barbi, por exemplo, leciona:

"Na sua missão de bem dirigir o processo, deve o juiz zelar para que ele não se encareça com diligências inúteis, as quais, além de aumentar os gastos, ocupam sem razão mais tempo e atividade do magistrado e dos auxiliares do processo (...). O princípio da economia processual aconselha o indeferimento de pedidos de diligência com essa característica.

Do mesmo modo, as diligências que tiverem finalidade protelatória não devem ser feitas, e o juiz indeferirá o pedido das partes para realizá-las, quando se convencer de que elas objetivam retardar o andamento do processo (...) Cabe ao magistrado velar pela rápida solução do litúgio" (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio Forense, 1981, vol 1, p. 532).

Aludindo ao processo penal, escreve Romeu Pires de Campos Barros:

"O juízo de admissibilidade da prova, que rege a fase de instrução é formado pelo critério da pertinência e relevância" (Sistema do Processo Penal Brasileiro. Rio, Forense, 1987. vol. 1, p. 427).

Cite-se, por fim, Moacyr Amaral Santos, que adverte:

"A admissão [da prova] é ato do juiz (...), é ato de direção do processo" (Prova Judiciária no Cível e Comercial. São Paulo. Saraiva 1983, vol.1, p. 282).

Esclarece o mesmo autor:

"Proposto o meio de prova ao juiz, deve este manifestar-se sobre a sua admissibilidade. [A prova] poderá, liminarmente, ser repelida, consoante o meio de prova proposto e o objeto da prova. Justifica-se essa primeira deliberação judicial por motivo de economia processual. Por motivo de ordem lógica, porque, se a prova tem por fim, corroborando os fatos alegados, convencer o juiz da sua existência, ou inexistência, se infere que ao juiz é dado o poder, respeitada a lei, de indeferir o pedido de provas inúteis, ou impossíveis, assim como o pedido de provas por meios inadequados ou inadmissíveis para a demonstração dos mesmos fatos. Por motivo de ordem econômica processual, porque ao juiz cumpre o dever de não permitir no processo atos inúteis ao fim a que visa. A propósito, escreve Carnelutti que a execução da prova reclama, por necessário, que, antes da sua produção, o juiz resolva as questões relativas à eficácia da prova por constituir; se não fosse assim e qualquer prova proposta fosse produzida, o processo correria o risco de perder-se numa massa de atos inúteis" (id., p. 280).

Quanto aos aspectos relativos ao mérito, a defesa da empresa não logra vencer as conclusões da SNDE, que, no seu relatório final, estima ocorrente o abuso do poder econômico.

O desabastecimento, no primeiro semestre de 1991, está demonstrado nos autos, conforme verifica a ABCFARMA e o indicam os dados fornecidos pela empresa e informes de outros agentes econômicos.

O contraste da produção e da comercialização dos medicamentos no primeiro semestre de 1991 com os dados dos primeiros semestres de outros anos reforça a tese de que houve manobra especulativa do laboratório, com prejuízo do mercado consumidor.

Nas suas alegações finais, a empresa pretende que as oscilações das vendas devem ser debitadas a dinâmica do mercado e que a descontinuidade da produção, observada em alguns meses do período crítico, não importou em suspensão de vendas dos produtos.

Nenhum desses argumentos é bom para firmar a inocência da defendente. Não se pode afirmar que a produção dos remédios e as suas vendas tenham sido reduzidas por conta do desinteresse do mercado pelos medicamentos de uso contínuo e obrigatório. O mercado não deixou de procurar os remédios. Prova-o a ABCFARMA e os vários pedidos dos remédios formulados por importantes distribuidoras, não satisfeitos (cf. fls.

332 e seg.). Impõe-se a conclusão de que a redução de produção e de vendas liga-se ao desabastecimento provocado pela defendente.

O laboratório, em diversas oportunidades, afirma que as variações sazonais de produção e de vendas são normais no mercado. A assertiva, entretanto, é desprovida de interesse para o deslinde da causa. Tudo quanto importa é verificar que, no primeiro semestre de 1991, a procura pelos remédios não foi satisfeita. A empresa, que produz medicamentos essenciais à população, tem o dever moral e jurídico (ver Decreto nº 79.094/77) de suprir adequadamente as necessidades de que se propõe cuidar. Não houve motivo de força maior algum que justificasse a não-observância desse dever; daí merecer censura o comportamento da empresa.

Alega, ainda, quanto ao remédio Equilid de 50 mg., que houve uma explosão de demanda no primeiro trimestre de 1991 - o que teria acarretado a contração das vendas no segundo trimestre do mesmo ano. O argumento nada prova, visto que, visualizado no quadro geral do semestre, o problema persistiu. Além disso, a demanda no segundo trimestre continuou insatisfeita.

Quanto ao Selopress, fala que não se pode comparar a média de vendas no primeiro semestre de 1991 com a de igual período de 1990, porque, neste, as vendas foram excepcionais. Vale notar, todavia, que as comparações não se restringiram ao período de 1990. Além disso, o laboratório sequer indica o que teria provocado o suposto inusitado incremento de vendas naquele ano. Fica, antes, a impressão - abonada pelo estudo da curva de vendas do produto nos últimos anos - de que, é exceção do ocorrido em um único ano, a busca pelo remédio vinha crescendo, sendo as vendas maiores do primeiro semestre de 1990, resultado desse fenômeno. Isso apenas acentua a responsabilidade da empresa em não suprir o mercado adequadamente.

O certo, afinal, é que, no primeiro semestre de 1991, a empresa reduziu a comercialização dos remédios, por vezes suspendendo a sua produção, quando havia demanda insatisfeita.

Em outra ordem de raciocínio, a defendente imagina que o descompasso existente entre o volume de pedidos dos medicamentos e o seu atendimento pode-se dever a que:

"Existem casos em que o distribuidor abre um pedido e no caso de não ser atendido mantém reiteradamente o mesmo pedido durante um determinado período"(fls. 461/462).

O argumento nada prova. Ao contrário, pressupõe que, realmente, houve desatendimento a pedidos de medicamentos.

De igual modo, não podem ser considerados, a sério, argumentos que lidam com a hipótese de engano dos fornecedores na sua contabilidade. Sugere a defendente que podem ter ocorrido cancelamentos de pedidos, os quais, por esquecimento, não foram apagados dos registros. O raciocínio não tem base que o sustente; sobretudo, tem contra si o número de pedidos - não atendidos - formulados pelo não menos considerável número de distribuidores consultados, a revelar a impossibilidade de que a hipótese aventada na defesa possa ser admitida à discussão, por inconcebível.

Não ostenta mérito, muito menos, a assertiva de que o mercado varejista foi suprido diretamente pela empresa, no período. A afirmação é graciosa, desacompanhada de documento que lhe empreste fé. Além disso, não neutraliza a análise de dados - muitos fornecidos pela empresa mesma - positivando a retração na comercialização dos bens e a existência de um mercado consumidor insatisfeito quanto à oferta de remédios.

Sustenta, ainda, a empresa que o controle de preços, à época praticado, era indevido e não poderia causar prejuízo às empresas. Entende que aos agentes econômicos seria dado reagir a tais medidas (cf. defesa prévia e fls 10 do recurso ao Ministro da Justiça). Nesse recurso, a empresa chega a advogar que poderia opor-se ao controle de preço governamental, "suspendendo a produção daqueles produtos que lhe acarrete prejuízos" (fls. 11 do recurso ao Ministro da Justiça). Diz encontrar-se diante de caso onde a legítima defesa asseguraria lastro ao comportamento.

Essa ordem de raciocínio só pode ser tomada como reforço à convicção de que a manipulação do mercado de medicamentos atendeu à finalidade de aumento de lucros. Jamais, porém, justifica a ação da empresa.

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

A aspiração à remuneração mais elevada possível do capital investido há de se subordinar à ética especial que deve nortear as atividades com repercussão sobre a esfera da saúde - e sobre a própria vida - dos brasileiros.

Não é concebível que se faça das necessidades da saúde da população mero trunfo para a consecução de propósitos de majorar lucros. Ademais, se o conflito de interesses, acerca dos limites do controle de preços, se dava com o governo, a ação em "legítima defesa" alegada não poderia afetar a população. A legítima defesa se exerce contra quem fere um direito seu - e, obviamente, a população doente em nada ameaçava os direitos do laboratório.

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

Inegável, assim, ter ocorrido queda na comercialização dos produtos da defendente, gerando a sua escassez, não havendo justificativa que exima de culpa o laboratório pelo comportamento assumido. Não se reconhece à empresa valer-se de manobras, envolvendo a comercialização dos medicamentos, para, por meio do pânico instituído no mercado, predispor o governo a uma atitude favorável à política de preços que lhe favoreça.

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 não se exclui pela só circunstância de a majoração de preços colimada depender do assentimento de órgãos governamentais. As empresas podem articular ações - valendo-se da sua singular posição no mercado e afetando a vida econômica do país -, tendentes a forçar a autorização do aumento de preços, que não se daria de outra forma. A reação à política de preços imposta pelo governo, se é perpetrada com abuso do poderio da empresa, capitula infração. Os autos ilustram tal possibilidade.

Os lucros assim prosseguidos seriam arbitrários, não só diante dos meios empregados para obtê-los, como também por discordantes da remuneração do capital investido que o governo, à vista de considerações de ordem social e econômica, tinha como justa naquele instante.

No caso sob exame, o propósito de auferir lucros abusivos com a medida assumida pelo laboratório resulta cristalino do conhecimento de princípios de economia. Não se entende racional uma estratégia da empresa de, voluntariamente, reduzir a produção ou a comercialização de seus bens - quando não ocorrem circunstâncias peculiares que o imponham -, a não ser como ardil direcionado à especulação. Na espécie, a defendente não demonstra circunstância nenhuma que arde a evidência do seu intento especulativo - o qual se retrata até mesmo na argumentação que deduz nos autos.

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

Não há indícios, no feito, de que a prática do comportamento sob censura ainda tenha seguimento; por isso, a única sanção cabível é a multa do

art. 43 da mesma lei de 1962. Sugiro que, na sua fixação, 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 acontecimento de que fala o processo teve duração não prolongada após as tratativas desenvolvidas pela Secretaria Nacional de Direito Econômico com o setor farmacêutico.

Brasília, 3 de julho de 1992.

Paulo Gustavo Gonet Branco

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

I - INTRODUÇÃO

1. Pelo 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 mencionada Representação deu origem a este processo administrativo, instaurado contra o Laboratório Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda., por despacho do Sr. Diretor do Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica, publicado no Diário Oficial da União, de 19.08.91, pag. 16825 (fls. 289).

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.

Os medicamentos que estariam sendo objeto da conduta abusiva praticada pelo Representado são os EQUILID - 50 mg. (embalagem c/20 caps.), EQUILID - 200 mg (embalagem c/20 comp.) e o SELOPRESS - 100 mg. (embalagem c/ 20 comp.).

1.3. Notificado da instauração do processo administrativo, o Representado prestou esclarecimentos, ofereceu defesa e juntou documentos, conforme se verifica às fls. 312/318.

No curso do processo, a empresa apresentou, em oportunidades diversas, contestações que dizem com a validade formal do processo e com o mérito da acusação. Na primeira linha de argumento, alega que houve cerceamento de defesa. Nas suas alegações finais, a empresa pretende que as oscilações das vendas devem ser debitadas à dinâmica do mercado e que a descontinuidade de produção. Observada em alguns meses do período crítico, não importou em suspensão de vendas dos produtos.

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. 435/445, 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. 447/463. Os argumentos de fato oferecidos e as razões de direito aduzidas foram rebatidos no Relatório Final (fls. 501/514), mantido o enquadramento da conduta do representado nos dispositivos legais citados 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 dos procedimentos referentes às fases anteriormente citadas, destaco, no presente Relatório, com base nas informações e dados contidos nos autos, as seguintes providências adotadas pelo DNPDE/SNDE:

2.1. A Secretaria Nacional de Direito Econômico - SNDE, através do DNPDE, com base nos arts. 4º e 5º da Lei nº 8.158/91, convocou o setor farmacêutico, através de suas associações, assim como os principais laboratórios fabricantes dos medicamentos de uso contínuo e obrigatório, a prestarem esclarecimentos sobre produção e demanda do mercado.

Na Memória de Reunião (fls.02) o setor, através de seus representantes, reconheceu a existência de problemas localizados, especialmente de produção dos medicamentos de uso contínuo e obrigatório.

2.2. O DNPDE, através de OFÍCIO/CIRC/Nº 303/91, de 24.07.91, solicitou ao Representado informações sobre a produção e comercialização dos medicamentos de uso contínuo e obrigatório por ele fabricados (fls. 07).

O Representado atendeu à solicitação do DNPDE com farta documentação (fls. 09/258).

2.3. Em 01 de agosto de 1991, o Representado foi convocado a comparecer ao DNPDE, no dia 09 de agosto de 1991 para discutir "questões relativas ao abastecimento do mercado, nos dez dias imediatamente anteriores, de medicamentos para tratamento de doenças crônicas, bem como as perspectivas da produção e distribuição da organização" (fls. 260).

2.4. às fls. 261/272, encontra-se documentação recebida da SUNAB referente à Análise de Inventários dos produtos Xilocaína, Descon, Plasil, em suas diversas apresentações. às folhas 269 a 272 constam cópias do auto de infração nº 782.421 contra o Representado, tendo por objeto a falta dos medicamentos Xilocaína, Plasil, Descon e Bentyl.

2.5. As informações solicitadas ao Representado foram compiladas pelo DNPDE (fls. 273/278), que constatou que os medicamentos:

Equilid - 50 mg., cx c/20 caps.; Equilid - 200 mg., cx c/20 comp.; Selopress - 100 mg., cx c/20 comp., apresentaram irregularidades na produção e comercialização no 1º semestre de 1991.

a) EQUILID CX C/20 CAP. DE 50 mg

1º SEMESTRE DE 1990

- produção descontinuada nos meses de março e abril
- déficit de oferta no semestre de 12.676 unidades;
- média de produção 2% inferior a média de vendas.

2º SEMESTRE DE 1990

- produção descontinuada no mês de outubro;
- produção e venda no mês de dezembro 88% inferiores às respectivas médias anuais.

1º SEMESTRE DE 1991

- produção descontinuada nos meses de maio e junho;
- média de produção 6% inferior à do primeiro semestre de 1990 e 4% inferior a média anual de 1990;
- média de vendas 22% inferior a de janeiro/junho de 1990 e 19% inferior a de jan/dez/90;
- vendas no segundo trimestre de 91.44% inferiores às do primeiro trimestre e 47% inferiores às vendas do primeiro trimestre de 1990;
- brusca queda de vendas em março, maio e junho de 1991;

- existência de excesso de produção sobre as vendas de 67.644 unidades.

b) EQUILID - EMBALAGEM DE 20 COMP. DE 200 mg

- produção descontinuada nos meses de janeiro, abril, maio, setembro, outubro e dezembro de 1990;
- produção descontinuada em jan. e fev. de 1991;
- queda de 34% na produção em relação ao 1º semestre de 1990;
- queda de 39% nas vendas do medicamento em relação ao 1º semestre de 1990;
- queda de 43% na produção em relação à média anual de 1990 e de 36% na comercialização no mesmo período;
- queda de 57% nas vendas no segundo trimestre de 1991 em relação ao 1º semestre de 1990;
- colocação de excedentes de produção no mercado nos meses de jan/fev/abril e junho e descontinuidade na produção.

c) SELOPRESS - EMBALAGEM COM 20 COMP. DE 100 mg

- volume total produzido superior ao comercializado em 14.45%
- descontinuidade de produção nos meses de agosto e novembro;
- média anual de produção de 1990, 15% superior a média semestral e média anual de vendas 8,9% inferior à semestral;
- excedente de produção em 1990 de 171.418 unidades;
- descontinuidade de produção nos meses de janeiro, fevereiro, abril e junho de 1991;
- queda acentuada nas vendas, nos meses de maio e junho de 1991;
- média de produção no 1º semestre de 1991 65% inferior à média semestral de 1990 e 69% inferior à média anual;

2.6. Com base nas informações acima registradas, o técnico responsável pela análise do processo no DNPDE, concluiu, às fls.280/293, pela existência de indícios de redução de produção e vendas do produto, e propôs a abertura de Processo Administrativo.

2.7. Por determinação do Sr. Diretor do DNPDE, foi aberto o Processo Administrativo nº 18/91 em 16 de agosto de 1991 (fls.285), por procedimento passível de infração ao art. 2º, alínea "a", 2º parte, da Lei 8.158,

de 08 de janeiro de 1991 e art. 2º, inciso III, alínea "c", da Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962. A empresa foi comunicada do fato através do OF/DNPDE/Nº 379/91 de 21 de agosto de 1991.

2.8. Em 21 de agosto de 1991 o DNPDE, através de OF/DNPDE/Nº 375/91, solicitou ao Representado o fornecimento de informações complementares sobre produção e comercialização, no período de 1987 a 1989, incluindo o estoque inicial em cada ano, assim como a produção e comercialização para os meses de julho e agosto de 1991. As folhas da nota técnica do DNPDE apresentam tais informações compiladas.

2.9. Em 05 de setembro de 1991 foi protocolizada a Defesa Prévia da Representada, da qual são destacados pelo DNPDE os principais argumentos levantados: (fls. 312/318):

- "Tendo o processo sido instaurado em decorrência da representação da Presidência impõe-se seu arquivamento de plano, sem análise de mérito porque não é exato que a Requerente tenha sido citada na representação".

- Não houve "deliberado desabastecimento dos produtos Equilid com 20 cápsulas de 50 mg, Selopress com 20 comprimidos e Equilid com 20 comprimidos de 200 mg. Ao contrário, a quantidade desse produtos disponíveis no mercado, no período objeto de representação era absolutamente normal e suficiente ao consumo".

a) Sobre o MEDICAMENTO EQUILID - cx com 20 comp. de 50 mg;

- quanto ao déficit mencionado à fls. 04, o técnico não levou em consideração o estoque existente em 31 de dezembro de 1989, de 65.227 unidades. Houve, portanto, um superávit de 52.551 unidades no primeiro semestre de 1991;

- a redução na produção e comercialização no mês de dezembro de 1990 deve-se a férias coletivas a seus vendedores e pessoal de produção.

b) SELOPRESS - 100 mg. EMBALAGEM COM 20 COMPRIMIDOS

- a média de vendas superou em 1990 os 04 anos anteriores;
- a média de produção foi superior à média de venda, devido à expectativa de reação de demanda.

- em razão do excesso de estoques, a produção no primeiro semestre de 1991 foi inferior à produção do 1º semestre de 1990.

c) EQUILID - EMBALAGEM DE 20 COMP. DE 200 mg

- a média de produção no corrente ano é inferior à média histórica porque o estoque no início era de 16.643 unidades.

- quanto ao abuso do poder econômico, declaram:

"... o controle contínuo e permanente de preços não é o modelo econômico empresarial adotado por nossa vigente Constituição Federal...";

"... o controle de preços não pode criar uma situação de prejuízo a empresa, mesmo temporariamente. Nenhuma empresa pode ser compelida à auto- insolvência por ato de intervenção. A resistência contra essa situação autofágica se impõe como legítima defesa da sobrevivência empresarial, preservando-se não só no interesse da própria empresa, mas sobretudo, de seus acionistas, empregados, clientes, fornecedores, Estado e, enfim, a comunidade em que se insere";

" pois bem, em terceiro lugar, do legítimo exercício de defesa de sua sobrevivência decorre para a empresa, a exclusão do crime de abuso do poder econômico previsto em lei. Com efeito, ao tipificar como abuso do poder econômico a "especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços", mediante retenção de bens, o art. 2º, III, "c" da Lei nº 4.137/62, sem dúvida exigiu o dolo específico do agente para caracterização do crime nele previsto, não sendo admitida sua tipificação com fundamento na simples culpa..."

2.10. Em 09.08.91 foi realizada reunião do DNPDE com o Representado, onde ficou registrado (fls. 320 a 321):

- a empresa colocou no mercado, durante o mês de julho, 164.000 unidades de SELOPRESS. Para agosto prevê-se uma oferta de 55.000 unidades;

- pretende colocar à venda ainda em agosto, 100.000 unidades de EQUILID 50 mg.

2.11. Em 09 de setembro de 1991, a Coordenadoria de Proteção e Defesa do Consumidor, PROCON, do Estado de São Paulo, enviou ofício ao

DNPDE, apontando para a falta do medicamento SELOKEN em alguns estabelecimentos comerciais (fls.327/330).

2.12. Em 13 de setembro do mesmo ano, foi juntado material compilado pelo Coordenador do DNPDE, Cláudio João José, contendo informações colhidas nas empresas distribuidoras e farmácias, (fls. 331/345), onde ficou evidenciado que os pedidos feitos pelos distribuidores e pelas farmácias não foram atendidos ou o foram de forma parcial.

2.13. Para efeitos comparativos, foi solicitado pelo DNPDE ao Representado, em 25 de setembro de 1991, que declinasse os pedidos e o fornecimento dos medicamentos Equilid 50 e 200 mg e Selopress (fls.353/354).

Em 14 de outubro, o Representado apresentou lista de vendas efetivadas às farmácias e distribuidores.

Esclareceu que a omissão das quantidades solicitadas, deve-se ao fato de os pedidos serem formulados na sua quase totalidade, por telefone (fls.362/368).

2.14. Em 26 de fevereiro de 1992, o representado foi notificado para especificar as provas requeridas na defesa prévia (fls.408).

2.15. Em 10 de março subsequente, a Secretaria Nacional de Economia do MEFP enviou ao DNPDE Parecer Técnico abordando, principalmente, a variação de preços para os medicamentos em referência.

2.16. Ainda em 10 de março, o Representado especificou e justificou a produção das seguintes provas:

- expedição de ofício ao Exmo. Presidente da República, solicitando-lhe esclarecer se a Requerente encontra-se entre as empresas denunciadas no MEMO 0001/91-GP/VPR, indicando, ainda, os nomes dos denunciantes;

- notificação dos eventuais denunciantes para virem depor e apresentar provas de eventual ato de desabastecimento do mercado;

- a oitiva de testemunhas a serem indicadas oportunamente.

III - ALEGAÇÕES DA DEFESA FINAL DO REPRESENTADO

3. O Representado em sua defesa final (fls.447/463), recebida a 09 de abril de 1992:

a) alega cerceamento de defesa e protesta mais uma vez pela realização das provas cuja produção requereu às fls. 431 e 432 dos autos e pela complementação "a posteriori" da presente defesa final.

b) contesta as supostas irregularidades apontadas no Relatório do DNPDE, na produção e comercialização dos produtos questionados, extraídos

da análise de cada um dos quadros resumo (do Relatório do DNPDE, fls. 435/445).

c) requer, por tudo o que foi exposto, o arquivamento da Representação.

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

4. Inicialmente, refutou o DNPDE a necessidade de produção das provas requeridas pelas seguintes razões:

a) A denúncia oferecida pela Presidência da República através do MEMO 0001/91-GP/VPR de 19.07.91, é abrangente contra o setor, e apenas a título de exemplificação cita nominalmente alguns laboratórios.

Se assim não o fosse, aquele Departamento, fundamentado no artigo 4º da Lei 8.158/91, poderia fazê-lo de ofício.

b) A prova testemunhal ficou prejudicada pelas razões acima e também pelo fato de que não alterar a substância da representação. Isto tendo em vista que as principais fontes de informações são os dados sobre produção e comercialização, fornecidos pelo Representado e dados fornecidos pelas distribuidoras e varejistas.

4.1. Diante da subsistência dos fatos que determinaram a instauração do Processo Administrativo, este foi encaminhado ao Representado, nos termos da alínea "b" do art. 6º da Lei nº 8.158/91, para apresentação de sua defesa final.

4.2. Em 09.04.90 recebeu o DNPDE a notificação do Mandado de Segurança nº 92.0003799-2 impetrado pelo Representado, contra o ato do Sr. Diretor do DNPDE, por cerceamento do direito de defesa.

São apresentados a seguir, pelo DNPDE os argumentos oferecidos pelo Representado na sua Defesa Final:

a) Insiste o Representado na produção de prova testemunhal.

b) Insiste o Representado no argumento de que seu nome não constava do MEMO 0001/91-GP-VPR de 19.07.91 e portanto não podendo estar relacionado às práticas ali apontadas.

c) Argumenta, ainda, que a Secretaria só poderá atuar mediante provocação contra os denunciados.

4.3 No que tange as inferências estatísticas argumenta que:

4.3.1. O fato de a produção ser descontinuada em alguns meses não significa que o mercado não tenha sido atendido.

4.3.2. As diferentes relações entre as médias de produção e comercialização, estabelecidas no relatório tem por base períodos que não podem ser comparativos entre si, não levam em consideração a demanda variável do setor farmacêutico e as peculiaridades de cada medicamento.

4.3.3. Aponta, ainda, alguns erros materiais:

- a média anual de 1991 para o medicamento Equilid 50 mg cx c/20 cápsulas seria de 79.778 unidades e não 48.859 unidades como consta do relatório;

- a média anual de 1991 para o medicamento Equilid 200 mg cx c/20 comp. foi obtida pela divisão por 12 do total produzido e vendido em apenas 8 meses. As médias corretas seriam 7.184 para a produção e 8.033 para comercialização;

- quanto ao medicamento Selopress, a média anual de vendas em 1990 foi apenas 8,9% inferior à semestral e não 89% como consta do relatório.

Esses são, resumidamente, os principais argumentos da Defesa Final apresentado pelo Representado.

4.4. Quanto à insistência do Representado na produção de provas testemunhais manteve o Coordenador do DNPDE os mesmos argumentos apresentados na Nota que antecede este relatório, ou seja: esta não alteraria a substância da representação; tendo em vista que as principais fontes de informações são os dados sobre a produção e comercialização fornecidos pelo próprio Representado e pelos distribuidores e varejistas.

4.5. Quanto ao argumento de que o DNPDE só poderia atuar mediante provocação, argumentou que a Lei é muito clara quando prevê que a atuação da SNDE poder ser por iniciativa própria ou por provocação de entidades públicas ou de qualquer interessado. Não cabe, portanto, a interpretação restritiva e contraditória do Representado.

4.6. Quanto ao argumento de eventuais distorções nas análises estatísticas por não levar o DNPDE em consideração as peculiaridades e variáveis típicas do setor farmacêutico, manifestou aquele Departamento que se tivesse sido informados das variáveis apontadas acima, as teriam, seguramente, levado em consideração nas análises dos dados apresentados. É curioso, ressalta o DNPDE, que esta consideração tão relevante no âmbito desse Processo Administrativo tenha sido levantada apenas na Defesa Final do Representado, sem contudo apresentar, de forma explícita, quais as peculiaridades dos medicamentos e quais as variáveis do setor a serem consideradas.

4.7. Tendo em vista que os dados de que o DNPDE dispunha, na data de abertura do Processo Administrativo, alcançavam apenas o 1º

semestre de 1991 e que após a intervenção da SNDE o Laboratório assumiu compromisso de normalização de mercado, apresenta o DNPDE, a seguir, um quadro comparativo das oscilações de produção e comercialização tendo por base, exclusivamente, o movimento registrado nos primeiros semestres dos anos de 1987 a 1991.

a) SELOPRESS - 100 mg

Produção - 1º semestre de 1991 (118.368)

- 65% inferior à produção do 1º semestre de 1990 (339.692)
- 55% inferior à produção do 1º semestre de 1989 (263.929)
- 33% inferior à produção do 1º semestre de 1988 (263.929)
- 42% inferior à produção do 1º semestre de 1987 (207.140)

Comercialização 1º semestre de 1991 (212.225)

- 43% inferior ao comercializado no 1º semestre de 1990 (347.797)
- 24% inferior ao comercializado no 1º semestre de 1989 (279.285)
- 09% superior ao comercializado no 1º semestre de 1988 (194.384)
- 13% inferior ao comercializado no 1º semestre de 1987 (245.786)

b) EQUILID 200 mg - CX C/20 COMP

Produção - 1º semestre de 1991 - 29.088 unidades

- 34% inferior à produção do 1º semestre de 1990 (44.208)
- 50% inferior à produção do 1º semestre de 1989 (58.305)
- 34% inferior à produção do 1º semestre de 1988 (44.131)
- 44% inferior à produção do 1º semestre de 1987 (51.985)

Comercialização - 1º semestre de 1991 - 32.492 unidades

- 39% inferior ao comercializado no 1º semestre de 1990 (53.245)

- 35% inferior ao comercializado no 1º semestre de 1989 (49.774)
- 06% inferior ao comercializado no 1º semestre de 1988 (34.712)
- 23% inferior ao comercializado no 1º semestre de 1987 (42.554)

c) EQUILID - 50 mg - CX C/20 COMP

Produção - 1º semestre de 1991 - 481.675 unidades

- 06% inferior à produção no 1º semestre de 1990 (517.204)
- 21% inferior à produção no 1º semestre de 1989 (614.722)
- 23% superior à produção no 1º semestre de 1988 (371.176)
- 23% superior à produção no 1º semestre de 1987 (371.431)

Comercialização - 1º semestre de 1991 - 44.031 unidades

- 21% inferior ao comercializado no 1º semestre de 1990 (529.880)
- 20% inferior ao comercializado no 1º semestre de 1989 (515.962)
- 02% superior ao comercializado no 1º semestre de 1988 (413.060)
- 24% superior ao comercializado no 1º semestre de 1987 (312.176)

4.8. Ressalta o DNPDE que os compromissos de normalização assumidos na reunião de 22.07.91 foram gradualmente cumpridos o que motivou a não aplicação de medida preventiva prevista no art. 12 da Lei nº 8.158/91, pelo DNPDE/SNDE.

Por outro lado reconhece o DNPDE que é forçoso admitir que os erros apontados são pertinentes e foram corrigidos no Relatório Final daquele Departamento. Deve-se ressaltar que as análises estatísticas apresentadas alcançam apenas ao 1º semestre de 1991, e que, assim, as médias de produção e comercialização de 1991, que equivocadamente tomaram 12 quando

dispunham apenas de 08 meses de informações, não influenciaram diretamente nas conclusões que ensejaram a abertura do Processo Administrativo.

4.9. Finalmente sustenta o DNPDE, com base nos elementos colhidos no processo, que, de forma preconcebida, e por motivos não justificados, o Representado diminuiu, consideravelmente, a produção dos medicamentos de uso contínuo e obrigatório, analisados, no primeiro semestre de 1991, com o objetivo de promover a elevação de preços.

4.10. Em vista de todo o exposto propõe o Coordenador do DNPDE, com base no art. 7º da Lei nº 8.158, de 06 de janeiro de 1991, o encaminhamento do presente processo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE para as medidas de sua competência. O referido Relatório Final foi acolhido pelo Diretor do DNPDE/SNDE, em 15.04.92. (fls.501/514).

V - RECURSO DO REPRESENTADO AO MINISTRO DA JUSTIÇA (COM BASE NO ART. 21 DA LEI Nº 8.158/91)

5. O Laboratório MERREL LEPETIT FARMACÊUTICA LTDA, às fls. 01/12 do Recurso ao Ministro da Justiça (Proc. MJ nº 8147/92), recorreu da decisão do DNPDE, invocando do art.21 da Lei nº 8.158/91, requerendo a reforma da decisão daquele Departamento, para que fosse declarado insubsistente a representação, pelas seguintes razões:

a) a representação presidencial não inclui o Recorrente dentre as empresas que supostamente estariam desabastecendo o mercado;

b) a autoridade, que presidiu a condução do processo, indeferiu provas fundamentais para a elucidação do caso e para provocar a improcedência da representação;

c) o Relatório da Coordenadoria, com a ratificação do Sr. Diretor do DNPDE, prejudica a questão, mesmo antes da Defesa Final;

d) o referido Relatório não se auto-sustenta face ao exposto pelo Recorrente nos itens 7 a 12 de sua Defesa Final;

e) em face das considerações acima, alega o Representado não ter retido estoques ou praticado o desabastecimento de mercado que o DNPDE lhe quer impor;

f) ainda que desabastecimento tivesse ocorrido, o que se admite "ad argumentandum", descartada estaria a hipótese prevista no art. 2º, inciso III, alínea "c", da Lei nº 4.137 de 10.09.62.

VI - MANIFESTAÇÃO DO DNPDE SOBRE O RECURSO DO REPRESENTADO AO MINISTRO DA JUSTIÇA

6. Registra o DNPDE que o Laboratório Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda, recorreu da decisão do DNPDE, conforme art.21 da Lei 8.158/91, alegando os citados às fls. A título de introdução, fez aquele Departamento um breve relato da Representação, para na seqüência responder os itens do Recurso.

A peça vestibular, segundo o DNPDE, que originou a referida Representação citou, a título exemplificativo, 05 (cinco) laboratórios, dentre eles RHODIA, ACHÉ, SCHERING, GLAXO, SYNTEX.

A Secretaria Nacional de Direito Econômico - SNDE, diante da situação preocupante, convocou, imediatamente, os laboratórios citados, as Associações de classe do setor para prestarem esclarecimentos, em reunião havida na sede desta Pasta da Justiça, de onde se pôde obter a listagem de todos os laboratórios, principalmente, daqueles que fabricavam medicamentos de uso contínuo e obrigatório.

Diante de evidências de que a prática objeto da denúncia poderia estender-se por todo o setor, foram solicitadas a todos os laboratórios produtores de medicamentos de uso contínuo e obrigatório, planilhas de produção e comercialização, referentes ao período de janeiro de 1990 a julho de 1991.

Da análise prévia a que procedeu o DNPDE, constataram-se indícios de irregularidades nos níveis de produção e comercialização em 09 (nove) dos 70 laboratórios avaliados.

Considerando a existência de indícios de infração à ordem econômica, foram instaurados Processos Administrativos contra 09 (nove) laboratórios, a saber: ACHÉ LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS S/A, PRODOME QUÍMICA FARMACÊUTICA LTDA, BOEHRINGER DE ANGELI-QUÍMICA E FARMACÊUTICA LTDA, LABORATÓRIOS SILVA ARAÚJO ROUSSEL S/A PRODUTOS QUÍMICOS E FARMACÊUTICOS, GLAXO DO BRASIL S/A e, finalmente, MERREL LEPETIT FARMACÊUTICA LTDA.

Iniciada a instrução processual, solicitou o DNPDE informações sobre produção e comercialização de medicamentos de uso contínuo e obrigatório, no intervalo de janeiro de 1987 a dezembro de 1989, que somadas às informações já então solicitadas, obteve-se um intervalo de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de produção e comercialização.

Com vistas a fechar o círculo da demanda, oficiou o DNPDE, com fim específico de conhecer o repasse dos produtos, aos distribuidores, varejistas e associações farmacêuticas, indiscriminadamente, solicitando-lhes informações sobre pedidos e entregas desses medicamentos.

Analisados os dados obtidos, chegou o DNPDE à conclusão de que todos os 09 (nove) laboratórios citados acima, incluindo, o Representado, apresentavam irregularidades na produção e comercialização dos medicamentos mencionados no 1º semestre de 1991. Período este, de queda acentuada, não verificada em períodos anteriores comparados.

Para chegar o DNPDE a esta conclusão, tabelas e informações textuais foram analisadas detidamente por técnicos da área econômica daquele Departamento, do que remeteu o enquadramento pela área jurídica do citado órgão. Os dados específicos analisados foram fornecidos, não por um setor, mas por diversos deles, como os próprios laboratórios, os distribuidores, os varejistas e as associações farmacêuticas.

Por certo, que a base real da análise procedida, deteve-se, segundo o DNPDE, nas informações dos laboratórios, os verdadeiros fabricantes dos produtos analisados.

A seguir, o DNPDE apresenta o seu entendimento sobre as alegações do Representado.

a. "A representação presidencial não inclui o Recorrente dentre as empresas que supostamente estariam desabastecendo o mercado".

O artigo 4º da Lei 8.158/91 prevê que "a SNDE atuar de ofício, mediante provocação de órgão ou entidade da Administração Pública ou em razão de representação de qualquer interessado".

Como já se mencionou, aquele Departamento procedeu a uma análise do setor farmacêutico, a partir da peça inicial, que no seu entendimento citava, a título meramente exemplificativo, o nome de alguns dos laboratórios.

b. "A autoridade, que até o momento presidiu a condução do processo, indeferiu provas fundamentais para a elucidação do caso e para provocar a improcedência da representação".

O Representado requereu a produção das seguintes provas:

1. Expedição de ofício à Presidência da República, solicitando-lhe esclarecer se a Representada Merrel Lepetit encontra-se entre as empresas denunciadas no MEMO 0001/91-GP/VPR, indicando os nomes dos denunciante;

2. Notificação dos eventuais denunciante para virem depor e apresentar provas de eventual ato de desabastecimento do mercado.

3. A oitiva de testemunhas a serem indicadas oportunamente.

Essas provas foram indeferidas por que no entender do DNPDE, o fato de o Representado estar ou não citado no MEMO presidencial é irrelevante, visto que aquele Departamento pode agir de ofício, e o fez de fato

ao estender a 70 laboratórios as averiguações sobre produção e comercialização, no 1º semestre de 1991.

Destaca-se que as conclusões a que chegou o DNPDE basearam-se fundamentalmente nas informações numéricas, sobre produção e comercialização, fornecidas pelo Representado, sendo que as informações elaboradas do lado da demanda tiveram uma função secundária.

Enfatiza o DNPDE o argumento de que somente outros números fornecidos em contra-argumentação seria prova cabível, visto que a prova testemunhal não poderia modificar a conclusão chegada.

c. "O Relatório da Coordenadoria com a ratificação do Sr. Diretor do DNPDE prejudga a questão, mesmo antes da Defesa Final".

O Representado atribui, equivocadamente, ao DNPDE, competência julgadora. A competência para julgamento dos processos administrativos instaurados pelo Departamento à do CADE (art. 14 da Lei 8.158/91). Registra o DNPDE que o procedimento tramita naquele Departamento na fase investigatória, buscando-se, quando não existentes, a obtenção de dados para que o Estado-Administração, através daquele órgão, na qualidade de titular da ação, verifique se deve ou não propô-la.

d. "O referido Relatório não se auto-sustenta face ao exposto pela Recorrente nos itens 7 a 12 de sua Defesa Final".

Nos itens de 7 a 12 de sua Defesa Final, o Representado aponta alguns erros materiais e argumenta que a análise estatística estaria distorcida na medida em que o DNPDE não levou em consideração as peculiaridades e variáveis típicas do setor farmacêutico. O Representado, entretanto, não declinou as peculiaridades e variáveis a serem consideradas.

Registra o DNPDE que a sua análise balizou-se pela comparação das médias de produção e comercialização registradas no 1º semestre de 1991, com as médias equivalentes dos anos anteriores - 1987 a 1990.

Quanto aos erros materiais registrados, que, ressalte-se, não influíram diretamente nas conclusões do DNPDE, já haviam sido devidamente corrigidos no Relatório Final daquele Departamento.

À vista dos fatos acima narrados destaca o DNPDE, o Processo Administrativo foi submetido ao CADE, em atenção ao disposto no artigo 7º da Lei 8.158, de 06 de janeiro de 1991, para as medidas de sua competência.

VII - PARECER DA CONSULTORIA JURÍDICA SOBRE O RECURSO DO REPRESENTADO

Merece destaque neste Relatório o brilhante Parecer elaborado pelo Dr. Cláudio Lemos Fonteles, I. Consultor Jurídico do Ministério da Justiça,

que foi aprovado na íntegra pelo Sr. Ministro da Justiça, em 22.06.92, referente ao recurso apresentado pelo Representado contra a recomendação contida no Relatório Final do DNPDE (fls.):

1. O mencionado parecer na sua introdução faz referência a Representação feita pelo Dr. Itamar Franco, no exercício da Presidência da República, que recomendou ao Ministério da Justiça, fosse diligenciado sobre o desabastecimento de medicamentos de consumo interno, ao que constava fruto de ação "de alguns laboratórios", nominando-os (vide: fls. 01).

2. Procedidas as investigações preliminares; convocados os representantes de laboratórios para reunião na SNDE, a técnica do DNPDE, Márcia Figueiroa, detectou que o laboratório Merrel Lepetit em sua relação de produção/venda apresentava "indícios de retenção de produto" (fls.279/283).

3. O Diretor do DNPDE, acatando o pronunciamento, determinou a instauração do processo administrativo, a teor do artigo 5º, da Lei nº 8.158/91 (fls.284/285)

4. Instruído o procedimento, e indeferida a manifestação da empresa por algumas diligências que propôs - fls.431/432 - concluiu-se pelo encaminhamento do Relatório Preliminar do DNPDE à Merrel Lepetit para a apresentação de defesa (fls. 442/445 e 446), que é produzida a fls. 447/463.

5. O Relatório Final do DNPDE conclui porque, verbis:

"Finalmente temos sustentado, ao longo deste processo que, de forma preconcebida, e por motivos não justificados no âmbito deste processo, o Representado diminuiu consideravelmente a produção de medicamentos de uso contínuo e obrigatório, analisados acima, no primeiro semestre de 1991, como objetivo de promover a elevação de preços" (vide fls. 514).

6. Tal conclusão é adotada pelo Diretor do DNPDE (ainda:fls.514).

7. Os autos são encaminhados ao CADE - fls. 522 - quando, no aguardo de pronunciamento da Procuradoria, a Merrel Lepetit recorre a V.Excia. sustentando:

- a) cerceamento de defesa;
- b) inexistência de ação dolosa em desabastecer o mercado;

8. Preliminarmente, não cabe recurso administrativo no instante em que se pôs o procedimento.

9. É certo que preceitua o artigo 21, da Lei nº 8.158/91, que instituiu normas para a defesa de concorrência, verbis:

Artigo 21: "As decisões administrativas previstas nesta Lei serão passíveis de recurso, voluntário ou de ofício, interposto ao Ministro da Justiça, no prazo de 10 dias."

10. É o Relatório Final do DNPDE decisão?

11. Diz o artigo 7º da citada lei, verbis:

Artigo 7º: "Verificada a procedência da representação a SNDE, em circunstanciado relatório final, que evidenciar os fundamentos de seu juízo, recomendar ao agente as medidas de correção cabíveis, com fixação do prazo para o seu atendimento, e encaminhar o processo ao CADE para as medidas de sua competência, as quais serão adotadas..."

12. O CADE, como definido pelo artigo 14, é o órgão julgante da estrutura do Ministério da Justiça.

13. Embora a legislação em referência peque por imprecisão, sendo claro o descuido de corretamente precisar-se o relacionamento SNDE - CADE, temos de estabelecer diretrizes interpretativas.

14. O Relatório final não traz carga decisória.

15. A partir dele, a SNDE recomenda - esta textual no artigo 7º, retro transcrito - ao agente a adoção de medidas de correção, e encaminha os autos ao CADE, para que ali tenha curso procedimental, tendente ao exercício de sua função julgante (artigo 14).

16. Não resta dúvida que a SNDE profere decisões, passíveis de recurso, mas - seja bem entendido - nas situações legais que significarem juízo conclusivo, não necessariamente definitivo.

17. Juízo conclusivo não necessariamente definitivo, porque fundamentalmente cautelar, quando, a teor do parágrafo 1º, do artigo 7º, "desatendida a recomendação" a SNDE executa, em conclusão discricionária, uma, ou todas, as providências restritivas constantes das alíneas a, b e c. Aquela prevista na alínea d corre por conta do CADE.

18. Juízo conclusivo, de cunho definitivo, quando, a teor do artigo 6º, alínea a, arquiva o processo.

19. Por fim entendeu o I. Consultor Jurídico do Ministério da Justiça que o Relatório Final, repita-se, nada decide. Propicia recomendação ao investigado e enseja o chamamento julgante do CADE, fazendo-se em mera condição de procedibilidade, pois.

20. Concluiu o seu Parecer pelo não conhecimento do recurso, tornando-se os autos ao CADE para que ali não só tenha formal prosseguimento o processo, como também disponha a defesa, na amplitude que lhe é constitucionalmente reservada, da oportunidade de avivar os temas pertinentes ao cerceamento na instrução do procedimento e da não caracterização da infração, indicada no Relatório Final.

VIII - MANIFESTAÇÃO DO PROCURADOR DO CADE

Encaminhados os autos ao Sr. Procurador do CADE, veio o Parecer de fls. 527/544, pela procedência da representação, verificado o cometimento, pelo Laboratório, de fato previsto a Lei nº 4.137/62, art. 2º, III, "c". Sugere o I. Procurador do CADE, seja aplicada a multa do art. 43 da mesma Lei de 1962. Sugere também, 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 como o fato de que o acontecimento de que fala o processo teve duração não prolongada após as tratativas desenvolvidas pela Secretaria Nacional de Direito Econômico com o setor farmacêutico.

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 4.137, de 10.09.62 o Laboratório que retém estoque de medicamento de uso obrigatório e contínuo 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\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de cruzeiros).

I - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1. Entendo necessário, antes de iniciar, especificamente, as considerações preliminares sobre o presente Processo Administrativo, ressaltar que a Indústria Farmacêutica, quanto a sua estrutura de mercado, deve ser entendida como um "oligopólio diferenciado". Isto porque, de forma predominante, a natureza dos produtos fabricados pelo setor faculta às empresas disputarem o mercado mediante a diferenciação dos produtos. E para evitar atritos que poderiam colocar em risco a estabilidade do mercado, normalmente não se utilizam da concorrência através de preços, utilizada com relativa frequência em outros setores produtivos.

E nesse mercado de produtos diferenciados, especialmente o de medicamentos de uso contínuo e obrigatório, existe uma preocupação constante dos fabricantes em estabelecer, através da publicidade, promoção de vendas e modificações e/ou inovações no produto, escalas de diferenciação ligadas a hábitos e marcas, fazendo com que o usuário prefira um determinado medicamento. Busca-se, assim, tornar o consumidor "fiel" a uma marca ou a um produto específico. Além desses aspectos, devem ser considerados, ainda, a eficácia do medicamento; os seus efeitos colaterais, as disponibilidades do produto no mercado; a eficiência em relação a outros sintomas ou doenças, bem como o preço.

Com base nessa realidade de mercado, prevalece a capacidade das indústrias inovadoras de criar mercados próprios e controlá-los. Isso permite explicar a existência de um número reduzido de grandes laboratórios no setor (caracterizando o oligopólio), que, em decorrência dessa situação especial, apresentam uma elevada taxa de lucratividade nos seus negócios.

Dessa posição privilegiada e dominante de mercado, um setor oligopolizado, como é o caso da indústria farmacêutica, tende a adotar, quando conveniente, condutas injustas ou desrazoáveis com relação aos consumidores "cativos" dos produtos por eles fabricados.

2. Quanto à questão do amplo direito de defesa e do contraditório, deve-se ressaltar que o Representado ao longo do processo, apresentou, em oportunidades diversas, petições em que procura defender as suas posições, que dizem com a validade formal do processo, o que invalida amplamente o alegado cerceamento de defesa, que lhe foi amplamente assegurado nos termos do art. 5º, I.V da Constituição Federal. Notadamente, quando sustenta que o processo deveria ser arquivado, considerando que no memorando enviado pelo Presidente da República, em exercício, ao Ministro da Justiça, a defendente não é mencionada de modo explícito. Tal alegação não procede.

Não existe invalidez decorrente dessa circunstância. O processo foi iniciado por determinação do órgão competente da Secretaria Nacional de

Direito Econômico, valendo-se de nota técnica específica, onde se individualiza a conduta do laboratório, em tese capitulável na Lei de repressão ao abuso do poder econômico. É quanto basta para que se legitime o procedimento.

Vale destacar que são três as causas motivadoras da ação da SNDE: a representação advinda da Administração Pública, a representação formulada por particulares, alheios à máquina estatal, e a deliberação espontânea da própria Secretaria.

Cabe, portanto, também à SNDE abrir processos de ofício, presidindo-os até o instante em que sejam remetidos para a decisão de mérito pelo órgão a quem a lei atribui competência judicante, no caso o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

A premissa do raciocínio da Representada, de que o art. 4º da Lei nº 8.158/91 estabelece que a atuação da SNDE será exercida de ofício, mediante provocação de órgão ou em razão de representação de qualquer interessado é extremamente frágil. Se a ação é exercida de ofício, ou seja, por iniciativa que independe de impulso externo, não se pode, pena de manifesta contradição lógica, exigir prévia provocação de terceiros para que a ação ocorra.

O Representado afirma, por outro lado, que houve cerceamento de defesa, porquanto as diligências que requereu não foram atendidas (fls. 431/432). Não procede tal afirmação. A prova testemunhal, para que se enviasse ofício ao Representante com vistas a esclarecer se o Laboratório estava incluído na representação e para que indicasse quem denunciou o desabastecimento, bem como que os demais fossem chamados a provar o fato, fica prejudicada pelas razões expostas anteriormente, visto que o DNPDE/SNDE poderia fazê-lo de ofício, além do fato de que tal providência não iria alterar a substância da representação.

O Representado acredita que a recusa não se compatibiliza com a garantia da ampla defesa e que viola a norma do art. 5º, parágrafo 2º, da Lei nº 8.158/91. Não deve prosperar a censura. Sobre a questão em análise, registro a posição do E. Procurador do CADE, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, que em seu brilhante Parecer contido às fls. 527/544, assim se manifestou:

"A Lei nº 8.158/91, no seu art. 5º, parágrafo 1º, faculta ao agente requerer a produção de provas pertinentes à denúncia. O parágrafo 2º do mesmo artigo esclarece que a SNDE poderá determinar diligências cabíveis e requisitar informes que julgue necessários. Nada desses dispositivos, porém autoriza ver um comando à SNDE para que atenda a qualquer pedido de produção de provas, mesmo despropositado e tendente a alongar desnecessariamente o

processo. Ao contrário, a lei acolhe o princípio, comum aos processos administrativo, civil e penal, de que é autoridade que preside ao feito incumbe avaliar a admissibilidade das provas que as partes postulam.

A garantia da ampla defesa não colide com esse poder de direção do processo. A garantia constitucional permite ao acusado dispor de todos os meios necessários para proteger os seus interesses - mas, vale a ênfase, os meios necessários para tanto. O princípio não pode ser invocado de modo a se ver corrompido. Não é curial que, ao invés de operar no sentido de conduzir à solução justa, que a revelação da verdade impõe, seja usado como meio para perturbar o andamento do processo, ofuscando a verdade e retardando - senão impossibilitando - a realização da justiça.

No caso dos autos, não foi censurável a denegação das provas pela SNDE. De fato, conforme já se debateu neste parecer, é irrelevante que a defendente não haja sido nomeada no memorando que deu ensejo às pesquisas da Secretaria Nacional de Direitos Econômico e à abertura deste processo. Se assim é, não há porque inquirir o Vice-Presidente da República sobre se pretendia também se referir à empresa no seu memorando.

Da mesma forma, não há motivo para que o Vice-Presidente da República venha aos autos nomear os "denunciante" do setor farmacêutico. Consta do processo as entidades que apresentaram dados acerca da falta dos remédios no mercado. Ademais, quem acusa, neste processo, é a Secretaria Nacional de Direito Econômico e não outra pessoa. A Secretaria é que incumbe provar quanto atribuiu ao laboratório. E isso o fez, valendo-se de informes estatísticos, colhidos da própria defendente e de outros agentes econômicos. Não são os agentes. que foram chamados a prestar esclarecimentos, quem tem de provar a realidade do desabastecimento. Eles apenas apresentam dados, apenas informam, não têm o ônus de acusar o laboratório, por isso, tampouco têm o de provar coisa alguma.

Além disso, se os dados colhidos pela SNDE - que, afinal, não foram rejeitados pela defendente na sua realidade numérica - são bastantes para caracterizar o

desabastecimento, justifica-se a rejeição da prova testemunhal, por inútil.

Com efeito, nas circunstâncias, deveria o laboratório revelar, no seu pedido de prova testemunhal, não só as testemunhas que pretendia ouvir, como também em que a providência afetaria a busca da verdade.

O laboratório parece imaginar que algum distribuidor poderia atestar o fornecimento regular dos produtos. Dados contábeis de vários distribuidores, entretanto, já revelavam o problema da falta de comercialização, de que o mercado, como consubstanciado nos autos e até notoriamente, se ressentia. Se um ou outro distribuidor ainda era atendido nos seus pedidos, isso se revela, de antemão, insuficiente para normalizar o mercado, diante da evidência de que a população permaneceria com dificuldades de acesso aos medicamentos - até porque estes tiveram a sua produção reduzida ou descontinuada em períodos relativos ao primeiro semestre de 1991.

Por que não revelada a sua importância e diante das evidências de que a prova testemunhal seria inútil, bem agiu a SNDE ao indeferi-la. A SNDE exerceu, legitimamente, o juízo, que lhe é próprio, de admissão de provas. Esse juízo não só lhe é atribuído pelo art. 5º e parágrafos da Lei nº 8.158/91, como se conforma ao poder-dever do dirigente do processo de repudiar provas inúteis e protelatórias".

3. A alegação de que a existência de alguns erros materiais que teriam distorcido a análise estatística do DNPDE também não procede. Os erros materiais foram corrigidos no relatório Final do DNPDE, e ressalte-se, não influíram nas conclusões daquele Departamento.

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 os medicamentos em questão SELOPRESS 100 mg. EQUILID 200 mg e EQUILID 50 mg, são utilizados de forma controlada e uso contínuo. No caso do SELOPRESS, é indicado para

tratamento de pacientes portadores de hipertensão arterial; já os medicamentos EQUILID cápsulas de 50 mg. e EQUILID comprimidos de 200 mg. são indicados para os casos de psicopatologia (neuroses de angústia, estados depressivos, distúrbios psicofuncionais e instabilidade de caráter); doença ulcerosa, vertigens, hemicranias digestivas e síndrome da menopausa (vide Dicionário de Especialidades Farmacêuticas, 88/89, Jornal Brasileiro de Medicina, pags. 289 e 502. Deve-se reiterar que, dessas necessidades específicas, cria-se uma forte identificação dos consumidores com os referidos medicamentos.

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

a) A alegação do Representado na sua Defesa Final (fls.447/463), na qual reitera o seu pedido de produção de provas, consubstanciado às fls. 431/432 dos autos, e por entender estar afastada a configuração da situação ou do fato caracterizador de infração à ordem econômica, não procede. O que, sucedeu de fato, e está comprovado nestes autos, foi a ocorrência de desabastecimento, no primeiro semestre de 1991, conforme verifica a ABCFARMA e o indicam os dados fornecidos pela empresa e informes de outros agentes econômicos.

A comparação da produção e da comercialização dos medicamentos, no primeiro semestre de 1991, com os dados dos primeiros semestres de outros anos, reforça a tese de que houve manobra especulativa do laboratório, com prejuízo do mercado consumidor.

Quadro - I

Comparativo-Produção/Vendas(1987/1991-1º Semestre)

Média Semestral (Selopress), em caixas, c/ 20 comp.

Dosagem: 100 mg.

Produção	Venda
Ano	Ano
(média mensal do semestre)	(média mensal do semestre)
1987 (1ºSem.) 34.523	1987 (1ºSem.) 40.964
1988 (1ºSem.) 29.634	1988 (1ºSem.) 32.397
1989 (1ºSem.) 43.988	1989 (1ºSem.) 46.548
1990 (1ºSem.) 56.615	1990 (1ºSem.) 62.466
1991 (1ºSem.) 19.728	1991 (1ºSem.) 35.371

Quadro - II

Equilid, dosagem: 50 mg., caixa c/20 comprimidos

Produção	Vendas
Ano	Ano
(média mensal do semestre)	(média mensal do semestre)
1987 (1ºSem.) 61.905	1987 (1ºSem.) 52.029
1988 " 61.909	1988 " 68.845
1989 " 102.454	1989 " 85.994
1990 " 86.201	1990 " 88.313
1991 " 80.079	1991 " 69.005

Quadro - III

Equilid, dosagem: 200 mg., caixa c/20 comprimidos

Produção	Vendas
Ano	Ano
(média mensal do semestre) 1987	(média mensal do semestre)
(1ºSem.) 8.664 1988 " 7.355 1989	1987 (1ºSem.) 7.092
" 9.718 1990 " 7.368 1991 "	1988 " 5.785
4.848	1989 " 8.296
	1990 " 8.874
	1991 " 5.415

Constata-se, pois, que foi no 1º semestre de 1991, que ocorreu o caracterizado desabastecimento dos medicamentos acima mencionados, tanto a nível de distribuidor e farmácias, quanto a nível de usuário, confirmando as constantes denúncias veiculadas nos órgãos de imprensa.

É importante registrar, também, a consistência dos dados contidos nos Quadros anexados ao Relatório Final do DNPDE, fls. 505/507, produzidos a partir de informações fornecidas pelo próprio Representado, que permitem a visualização da redução da produção dos medicamentos em questão, no 1º semestre de 1991. Esses Quadros demonstram de forma discriminada, mês a mês, o volume por ele (Representado) produzido e vendido, no período de 1987/1991 (1º Semestre).

Dados esses irrefutáveis, visto que, produzidos pelo próprio Representado, mostram, de maneira clara, que além de reduzir a produção ao longo do 1º semestre de 1991 (fato comprovado pelos números citados nos quadros acima), a empresa deliberadamente reteve a produção do medicamento Equilid, dosagem: 50 mg., caixa c/20 comprimidos, no referido período.

Para confirmar o procedimento irregular da Empresa, verifica-se que de um total produzido de 481.675 unidades do produto (no período de janeiro a abril de 1991) do qual vendeu 414.031 unidades (no período de janeiro a junho de 1991), o que prova que houve uma significativa retenção de 67.644 caixas do medicamento Equilid 50 mg. Esse montante, deve-se frisar, representa cerca de 14% do total produzido, quando estava o medicamento sendo demandado fortemente pelos consumidores, na fase mais crítica do desabastecimento do produto no mercado. E para uma melhor visualização do procedimento adotado pela empresa, veja os dados discriminados no Quadro apresentado a seguir:

Quadro Comparativo - Produção e Vendas, em 1991 (1º Semestre)

Medicamento: EQUILID Dosagem: 50 mg Apresentação: cx c/ 20 caps.
Produção

PERÍODO PRODUÇÃO	VENDAS
Jan de 1991 253.749	117.569
Fev de 1991 30.515	108.598
Março de 1991 99.271	40.000
Abril de 1991 98.140	71.300
Mai de 1991 0	27.023
Junho de 1991 0	49.521
Subtotal 491.675	414.031
Média Semestral 80.079	69.005

Deve-se observar também, que a prática que a Representação pretendia imputar ao Representado passava pela criação de uma situação de escassez no mercado de produtos de uso contínuo e obrigatório, que forçasse o Governo Federal a alterar a sua política de controle de preços. Vale 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 e uso contínuo e obrigatório.

É necessário observar 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).

Diante do exposto, entendo que a existência do descompasso entre a produção dos medicamentos e a sua procura não há se ter 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 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 dos citados medicamentos, no primeiro semestre daquele ano.

É importante observar, ainda, no caso presente, que o propósito de auferir lucros abusivos com a medida assumida pelo Representado está

perfeitamente caracterizado. Isto porque 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 artil direcionado à especulação. Pode-se constatar, nos autos, que a defendente não demonstra circunstância nenhuma da queda de produção, durante o período crítico, que arede o intento especulativo. Por outro lado, a retenção nas vendas e na produção, conforme está demonstrado nos dados contidos no Relatório Final (fls. 501/514), comprova que a medida adotada pelo Representado produziu escassez dos produtos Selopress 100 mg., Equilid 200 mg. e Equilid 50 mg. no mercado. A situação se tornou, ainda mais crítica, diante da inexistência de produtos perfeitamente homogêneos que garantissem a fungibilidade dos medicamentos considerados. Vale ressaltar que, a escassez, por ser temporária, não deixa de o ser.

Merece também destaque sobre a comprovada existência de manobra especulativa por parte do Representado, a firme manifestação do E. Procurador do CADE, contida no já citado Parecer do processo, quando afirma:

"O contraste da produção e da comercialização dos medicamentos no primeiro semestre de 1991 com os dados dos primeiros semestres de outros anos reforça a tese de que houve manobra especulativa do laboratório, com prejuízo do mercado consumidor.

Nas suas alegações finais, a empresa pretende que as oscilações das vendas devam ser debitadas à dinâmica do mercado e que a descontinuidade da produção, observada em alguns meses do período crítico, não importou em suspensão de venda dos produtos.

Nenhum desses argumentos é bom para firmar a inocência da defendente. Não se pode dizer que a produção de remédios e as suas vendas tenham sido reduzidas por conta do desinteresse do mercado pelos medicamentos de uso contínuo e obrigatório. O mercado não deixou de procurar os remédios. Prova-o a ABCFARMA e os vários pedidos dos remédios, formulados por importantes distribuidoras, não satisfeitos (cf.fl.s.332 e seg.). Impõe-se a conclusão de que a redução de produção e de vendas liga-se ao desabastecimento provocado pela defendente.

O laboratório, em diversas oportunidades, afirma que as variações sazonais de produção e de vendas são normais no mercado. A assertiva, entretanto, é desprovida de

interesse para o deslinde da causa. Tudo quanto importa é verificar que, no primeiro semestre de 1991, a procura pelos remédios não foi satisfeita. A empresa, que produz medicamentos essenciais à população, tem o dever moral e jurídico (ver Decreto nº 79.094/77) de suprir adequadamente as necessidades de que se propõe a cuidar. Não houve motivo de força maior algum que justificasse a não-observância desse dever; daí merecer censura o comportamento da empresa.

Alega, ainda, quanto ao remédio Equilid de 50 mg., que houve uma explosão de demanda no primeiro trimestre de 1991 - o que teria acarretado a contração das vendas no segundo trimestre do mesmo ano. O argumento nada prova, visto que, visualizado no quadro geral do semestre, o problema persistiu. Além disso, a demanda no segundo trimestre continuou insatisfeita.

Quanto ao Selopress, fala que não se pode comparar a média de vendas no primeiro semestre de 1991 com a de igual período de 1990, porque, neste, as vendas foram excepcionais. Vale notar, todavia, que as comparações não se restringiram ao período de 1990. Além disso, o laboratório sequer indica o que teria provocado o suposto inusitado incremento de vendas naquele ano. Fica, antes, a impressão - abonada pelo estudo da curva de vendas do produto nos últimos anos - de que, é exceção do ocorrido em um único ano, a busca pelo remédio vinha crescendo, sendo as vendas maiores do primeiro semestre de 1990 resultado desse fenômeno. Isso apenas acentua a responsabilidade da empresa em suprir o mercado adequadamente.

O certo, afinal, é que, no primeiro semestre de 1991, a empresa reduziu a comercialização dos remédios, por vezes suspendendo a sua produção, quando havia demanda insatisfeita.

Em outra ordem de raciocínio, a defendente imagina que o descompasso existente entre volume de pedidos dos medicamentos e o seu atendimento pode-se dever a que "Existem casos em que o distribuidor abre um pedido e no caso de não ser atendido mantém reiteradamente o mesmo pedido durante um determinado período"(fls.461/462).

O argumento nada prova. Ao contrário, pressupõe que, realmente, houve desatendimento a pedidos de medicamentos.

De igual modo, não podem ser considerados, a sério, argumentos que lidam com a hipótese de engano dos fornecedores na sua contabilidade. Sugere a defendente que podem ter ocorrido cancelamentos de pedidos, os quais, por esquecimento, não foram apagados dos registros. O raciocínio não tem base que o sustente; sobretudo, tem contra si o número de pedidos - não atendidos - formulados pelo não menos considerável número de distribuidores consultados, a revelar a impossibilidade de que a hipótese aventada na defesa possa ser admitida à discussão, por inconcebível.

Não ostenta mérito, muito menos, a assertiva de que o mercado varejista foi suprido diretamente pela empresa, no período. A afirmação é graciosa, desacompanhada de documento que lhe empreste fé. Além disso, não neutraliza a análise de dados - muitos fornecidos pela empresa mesma - positivando a retração na comercialização dos bens e a existência de um mercado consumidor insatisfeito quanto à oferta dos remédios.

Sustenta, ainda, a empresa e o controle de preços, à época praticado, era indevido e não poderia causar prejuízo às empresas. Entende que aos agentes econômicos seria dado reagir a tais medidas (cf. defesa prévia e fls. 10 do recurso ao Ministro da Justiça). Nesse recurso, a empresa chega a advogar que poderia opor-se ao controle de preço governamental, "suspendendo a produção daqueles produtos que lhe acarrete prejuízos"(fls. 11 do recurso ao Ministro da Justiça). Diz encontrar-se diante de caso onde a legítima defesa asseguraria lastro ao comportamento.

Essa ordem de raciocínio só pode ser tomada como reforço à convicção de que a manipulação do mercado de medicamentos atendeu à finalidade de aumento de lucros.

Jamais, porém, justifica a ação da empresa.

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

estime mais adequados, nos seus embates contra o governo.

A aspiração à remuneração mais elevada possível do capital investido há de se subordinar à ética especial que deve nortear as atividades com repercussão sobre a esfera da saúde - e sobre a própria vida - dos brasileiros.

Não é concebível que se faça das necessidades da saúde da população mero trunfo para a consecução de propósitos de majorar lucros. Ademais, se o conflito de interesses, acerca dos limites de controle de preços, se dava com o governo, a ação em "legítima defesa" alegada não poderia afetar a população. A legítima defesa se exerce contra quem fere um direito seu - e, obviamente a população doente em nada ameaçava os direitos do laboratório".

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 influenciar o Governo Federal a 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, 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 de 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 de 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 deve ser 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 SELOPRESS 100 mg., EQUILID 200 mg. e EQUILID 50 mg. de uso contínuo e obrigatório, de que necessitavam durante o período crítico de desabastecimento considerado.

Assim sendo e, tendo em vista expressar a repulsa pelo abuso do poder econômico praticado pela empresa Laboratório Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda., de intensa gravidade, até mesmo pelo bem que afeta, fixo a multa em Cr\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de cruzeiros) levando-se em consideração, também, a circunstância da transitoriedade do problema, regularizado no 2º semestre de 1991. Multa essa que dever 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 8.158/91).

Este é o meu VOTO.

José Matias Pereira

VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

Evidenciado está nos autos, que o Representado reduziu, de forma acentuada, a produção e comercialização de três medicamentos de uso contínuo e obrigatório, em período correspondente ao primeiro semestre de 1991.

A tal evidência se chegou, após cuidadosa análise comparativa com a produção de anos anteriores desses medicamentos, no mesmo período, ou seja no primeiro semestre de cada ano, sendo de se anotar que os dados utilizados foram, em boa medida, fornecidos pelo próprio Representado.

Os elementos de prova colhidos não indicam, por outro lado, qualquer razão de ordem técnica que viesse a justificar tal medida, reforçando a convicção, que se evidencia neste processo de que se tratou de uma manobra especulativa, visando a promover a elevação de preços.

Uma manobra especulativa da qual resultou desabastecimento do mercado, em detrimento do usuário, e num setor altamente sensível, que diz com a saúde pública da coletividade.

Enfatiza-se que uma decisão deliberada de reduzir a produção de bens, de que a população necessita, equivale a reter indevidamente o produto, constituindo esta, uma prática econômica abusiva, como tal capitulada no art. 2º, item III, alínea c, da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. Anote-se que, com referência ao medicamento EQUILID, 50 mg, cx com 20 compr., foi também constatada a prática de retenção de estoques do produto no período referido.

Deve-se registrar, de outra parte, que ao Representado foi sempre assegurado o contraditório e ampla defesa, em todas as fases do processo, cumprindo-se o disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Por certo que, ao se denegar a realização de provas inúteis, despropositadas ou meramente protelatórias, não se esta colidindo com tal garantia constitucional.

Por tais razões, e em harmonia com o bem elaborado Parecer do ilustre Procurador do CADE, Paulo Gustavo Gonet Branco, manifesto minha inteira concordância com o fundamentado voto proferido pelo Conselheiro José Matias Pereira, pela procedência da Representação e conseqüente aplicação da multa, tal como fixada e motivada.

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES

Gostaria de abordar determinados aspectos que entendo importantes, e repisar algumas argumentações da própria representada. A primeira delas diz respeito ao mercado farmacêutico ser dinâmico e sofrer oscilações. Alega, também, o advogado da representada, que existe a ocorrência da sazonalidade, muito embora os produtos sejam de uso contínuo; e, por último, que houve uma "explosão de consumo" no primeiro trimestre de 1991, sem a representada explicar as razões dessa expansão.

Complementarmente, a representada esclarece, às fls. 454 que é o mercado que determina os volumes a serem produzidos e comercializados.

Portando, o lógico e natural seria que houvesse um crescimento, tanto nos volumes comercializados, quanto nos produzidos, acompanhando, inclusive, o raciocínio da própria representada. Tal fato não se verificou.

Analisando-se o conteúdo do relatório e do voto, notadamente, fls. 10 do relatório e 5 a 8 do voto, constata-se quedas bruscas de produção e vendas, muito embora os níveis de demanda tenham se mantido.

Esses dados são irrefutáveis e não foram rejeitados pela Representada.

Não restam dúvidas, portanto que no 1º semestre de 1991 e mais particularmente que no 2º trimestre desse ano houve retenção acentuada de volumes produzidos e comercializados dos medicamentos em questão, caracterizando uma manobra especulativa provocando o desabastecimento.

Acompanho, portanto, na íntegra o consistente voto proferido pelo ilustre Conselheiro Relator, Dr. José Matias Pereira.

Marcelo Monteiro Soares

