

REVISTA DO IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO
volume 1 nº1

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

**JULGADOS DO CONSELHO
ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA- CADE**

Maio a Setembro de 1992

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE
CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO - IBRAC

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121

CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil

Tel.: (011) 8722609/2636748

Fax.: (011) 8722609

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

Diretor e Editor: Carlos Francisco de Magalhães

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial: Alberto Venâncio Filho, José Del Chiaro F. da Rosa, José Geraldo Brito Filomeno, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, Tércio Sampaio Ferraz, Werter Rotundo Faria.

A REVISTADO IBRAC está aberta a colaborações tanto acadêmicas como não acadêmicas , que sejam de interesse para o desenvolvimento das relações de concorrência e consumo. Textos em língua estrangeira ou traduções poderão se aceitos, a critério da Redação.

Catálogo

Abuso do Poder Econômico / Competitividade / Mercado / Política Industrial
/ Legislação de Defesa da Concorrência.

CDU 339.19 / 343.53

ÍNDICE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 15	5
REPRESENTANTE: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA.....	5
REPRESENTADA: LABORATÓRIOS SILVA ARAÚJO ROUSSEL S/A	5
DECISÃO.....	5
PARECER DO PROCURADOR	5
RELATÓRIO DA CONSELHEIRA RELATORA	7
VOTO CONSELHEIRA DA RELATORA.....	8
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 19	11
REPRESENTANTE: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA.....	11
REPRESENTADA: KNOLL S.A. PRODUTOS QUÍMICOS E FARMACÊUTICOS	11
DECISÃO.....	11
PARECER DO PROCURADOR	11
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR.....	15
VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR	16
VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA.....	25
VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD.....	26
VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO.....	27
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 17	29
REPRESENTANTE: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA.....	29
REPRESENTADA: LABORATÓRIOS PFIZER LTDA.....	29
DECISÃO.....	29
PARECER DO PROCURADOR	29
RELATÓRIO do Conselheiro Relator.....	38
VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR	51
VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO.....	58
VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES	59
VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD.....	60
VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD.....	60
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 20	65
REPRESENTANTE: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA.....	65
REPRESENTADA: GLAXO DO BRASIL S.A.	65
DECISÃO.....	65
PARECER DO PROCURADOR	65
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR.....	69
VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR	81

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA	94
VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TEREZINHA MALARD	95
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 18	99
REPRESENTANTE: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA.....	99
REPRESENTADA: LABORATÓRIO MERREL LEPETIT FARMACÊUTICA LTDA.	99
DECISÃO.....	99
PARECER DO PROCURADOR	99
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR.....	109
VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR	126
VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO ...	139
VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES	140
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 02	143
DECISÃO.....	143
PARECER DO PROCURADOR	143
RELATÓRIO DA CONSELHEIRA RELATORA	148
RELATÓRIO.....	148
VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA.....	155
VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO ...	174
VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA	175
VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES	177
ANEXO	178

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 15

REPRESENTANTE: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

REPRESENTADA: LABORATÓRIOS SILVA ARAÚJO ROUSSEL S/A

EMENTA: Instrução deficiente - Conversão do julgamento em diligência. 1. O princípio da busca da verdade material que deve orientar o processo administrativo autoriza a conversão do julgamento em diligência, podendo o Relator determinar aquelas que entender necessárias, sem necessidade de submeter a conversão ao Plenário. Exegese do Art. 17 do Decreto nº 36, de 14 de fevereiro de 1991. 2. Conversão do julgamento em diligência, para a qual foram formulados quesitos.

DECISÃO

Por unanimidade, decidiram pela conversão do julgamento em diligência e determinaram o encaminhamento do Processo ao Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica - DNPDE/SNDE, para cumprimento à Decisão do Conselho.

Plenário do CADE, 13 de maio de 1992.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira Relatora

CARLOS EDUARDO DE CARVALHO - Conselheiro

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

Fui presente:

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

PARECER DO PROCURADOR

Este processo foi instaurado com vistas a apurar eventual manobra especulativa do representado, que estaria sonogando a produção dos remédios

Iridux e Vincagil, de uso contínuo e obrigatório, a fim de obter melhores preços.

A defesa, quanto à questão de fato, centra-se no argumento de que a queda de produção dos bens não teve causa em propósito especulativo, mas se deveu à falta de insumos. Quanto ao Vincagil injetável, teria faltado ampolas. Ainda, em relação a todas as formas de apresentação deste medicamento, a empresa ter-se-ia defrontado com a falta da matéria prima básica, a Vincamina, "em decorrência de problemas de qualidade de um de seus intermediários (reativo), que é o Metanol Puro, o que ocasionou a recusa pelo Controle de Qualidade de diversas partidas de fabricação"(fls. 268).

A respeito do Iridux, observa a defesa que a falta de matéria prima importada tornou inviável a produção do remédio.

A argumentação da empresa, pretextando a falta de matéria prima para a produção dos remédios, merece ser considerada com atenção.

A empresa defendente junta comprovantes de recusa de partidas do metanol puro, em suporte à sua tese (fls. 115/122).

O desate jurídico da controvérsia parece ficar pendente de melhor exame técnico dessas assertivas da firma.

Diligências adicionais na área de comercialização de metanol puro são indispensáveis para a formação de um juízo mais seguro a respeito da representação que pesa sobre o laboratório farmacêutico.

Sugiro que o julgamento seja convertido em diligência, remetendo-se os autos à Secretaria Nacional de Direito Econômico, para que, com urgência, apure o argumento acerca de falta do metanol puro, como causa do desabastecimento do Vincagil em suas diversas apresentações. Entre outras inquirições - que decerto ocorrerão aos órgãos competentes da SNDE -, parece-me útil que se colham informes da empresa fornecedora do metanol puro acerca das recusas das partidas. Será conveniente que esta firma forneça dados sobre o momento em que se regularizou o fornecimento do bem. Da mesma forma, será necessária a notícia sobre a quantidade de metanol puro empregada na produção do medicamento em escala normal ao atendimento do público consumidor, bem assim sobre se outros fornecedores do produto estariam em condições de suprir a demanda. Relevante, ainda, que a empresa defendente informe qual o estoque de metanol puro que mantinha durante o período crítico.

Sobre o remédio Iridux, que teria sofrido interrupção na sua produção por falta de matéria prima importada, será conveniente que a empresa se veja convidada a nomear a referida matéria prima, a demonstrar a quantidade de que dela necessita para a produção normal do medicamento, a declinar o estoque de que dispunha do produto durante o período crítico e a

documentar a assertiva de que os seus esforços para adquirir o produto no mercado externo foram vãos. De valia que a Secretaria Nacional de Direito Econômico apure se o produto não é encontrável no mercado interno.

Brasília, 5 de maio de 1992.

Paulo Gustavo Gonet Branco

RELATÓRIO DA CONSELHEIRA RELATORA

O Exmo. Sr. Presidente da República, em exercício, Dr. Itamar Franco, em memorando datado de 19 de julho de 1991 (fls. 01), representou junto ao Ministro da Justiça, sobre o desabastecimento, que qualificou de propositado, de alguns medicamentos de uso contínuo e obrigatório, levado a efeito por certos laboratórios, com o intuito, segundo alega, de pressionar a liberação geral de preços. Recomendou a ilustre autoridade que providências fossem tomadas pela Secretária Nacional de Direito Econômico, visando a imediata normalização do mercado.

A mencionada representação deu origem a este processo administrativo, instaurado contra Laboratório Silva Araújo-Roussel S.A., por despacho do Sr. Diretor do Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica, publicado no Diário Oficial do dia 19 de agosto de 1991 (fls. 91).

Imputa-se ao Representado, durante o primeiro semestre de 1991, a prática das condutas abusivas do poder econômico, previstas no art. 2º, letra 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, letra a, 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 das condutas abusivas praticadas pelo Representante são o IRIDUX e o VINCAGIL, ambos pertencentes à classe terapêutica de vasoterapia cerebral e periférico, excluindo antagonistas do cálcio com atividade cerebral.

Notificado da instauração do processo administrativo, o Representado prestou esclarecimentos, ofereceu defesa e juntou documentos, conforme se verifica às fls. 111/130. Nega a fixação artificial da produção do VINCAGIL, sob a apresentação de comprimidos, alegando a falta do insumo VINCAMINA, produzido pelo seu próprio setor de fabricação química, falta essa ocasionada por problemas de qualidade de um dos seus intermediários, o METANOL PURO, adquirido da Prosint-Apolo.

No tocante à não produção do VINCAGIL sob a forma injetável, argumenta o Representado que, além da falta do insumo VINCAMINA, não

dispunha de ampolas, responsabilizando seu fornecedor - Indústria e Comércio Vitornac S.A., por sucessivos atrasos na entrega dos lotes solicitados.

Justificou o Representado a não produção do IRIDUX com a alegação de falta da matéria-prima, o OXALATO DE NAFTIDROFURIL, que é importada da França, sede do principal fornecedor, Sociedade Lipha.

Os argumentos oferecidos na defesa prévia bem como os esclarecimentos prestados pelo defendente foram considerados insuficientes pelo relatório de fls. 251, do Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica, seguindo-se a intimação do Representado, para oferecimento de defesa, na forma do art. 6º, letra b, da Lei nº 8.158/91.

A defesa encontra-se às fls. 274/280. Os argumentos de fato oferecidos, os mesmos da defesa prévia, e as razões de direito aduzidas foram rebatidas no Relatório Final, mantido o enquadramento das condutas do Representado nos dispositivos legais já referenciados e remetido o processo ao CADE, na forma do art. 7º da Lei n. 8.158/91.

Encaminhados os autos ao Sr. Procurador do CADE, veio o parecer de fls. 302/305, considerado insuficiente a instrução do processo, em face das alegações do representado quanto à falta de matéria prima necessária à fabricação dos medicamentos em questão.

Sugere o Procurador seja o julgamento convertido em diligência para que apure, com urgência, as alegações do Representado acerca da falta do metanol puro, para a fabricação do VINCAGIL, ouvindo-se inclusive, o fornecedor, bem como se esclareça o argumento de falta de matéria prima para a fabricação do IRIDUX e a posição dos estoques próprios dos Laboratórios SARSA durante o período crítico.

É o RELATÓRIO.

Brasília, 13 de maio de 1992

Neide Teresinha Malard

VOTO CONSELHEIRA DA RELATORA

***EMENTA:** Instrução deficiente - Conversão do julgamento em diligência. 1. O princípio da busca da verdade material que deve orientar o processo administrativo autoriza a conversão do julgamento em diligência, podendo o Relator determinar aquelas que entender necessárias, sem necessidade de submeter a conversão ao Plenário. Exegese do art. 17 do Decreto nº 36, de 14 de fevereiro de 1991. 2. Julgamento convertido em diligência para a qual foram formulados quesitos.*

Tem razão o ilustre Procurador do CADE ao afirmar a necessidade de diligências adicionais para se chegar ao desate jurídico da controvérsia dos autos.

Na verdade, a instrução processual deficiente não autoriza o julgamento pois, se de um lado, não comprova as condutas abusivas imputadas ao Representado, de outro, não afasta os indícios que ensejaram a instauração do processo.

Entendo que tanto a juntada de documentos quanto a realização de diligências podem ser solicitadas pelo Relator, independentemente de consulta ao Plenário, pois seria incoerente opor-se a formação da convicção alheia. No entanto, por ser esta a primeira vez que o CADE se reúne para julgar processo de cuja instrução não participou, em razão das alterações introduzidas pela Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991, resolvi trazer a matéria à apreciação deste Egrégio Conselho, objetivando a interpretação do colegiado, do art. 17 do Decreto nº 36, de 14 de fevereiro de 1991.

Com esse entendimento e atenta ao princípio da verdade material que deve orientar o processo administrativo de apuração e julgamento das práticas abusivas do poder econômico, acolho o parecer do Sr. Procurador e, ao amparo do art. 17 do Decreto nº 36, converto o julgamento em diligência e determino ao Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica que realize, diretamente ou através dos órgãos públicos competentes, as necessárias diligências, que deverão ser orientadas no sentido de dar resposta aos quesitos formulados em anexo.

Realizadas as diligências, deverá ser emitido parecer técnico, do qual terá vista o Representado para, se quiser, manifestar-se.

É como voto.

Neide Teresinha Malard

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 19

REPRESENTANTE: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

REPRESENTADA: KNOLL S.A. PRODUTOS QUÍMICOS E FARMACÊUTICOS

DECISÃO

Por unanimidade, o processo foi julgado procedente, estipulando-se a multa de Cr\$ 160.000.000,00 (cento e sessenta milhões de cruzeiros), a ser paga pela Representada no prazo de 03 (três) dias, a partir da publicação da Decisão do Conselho no Diário Oficial da União.

Plenário do CADE, 27 de maio de 1992.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro Relator

CARLOS EDUARDO DE CARVALHO - Conselheiro

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

Fui presente:

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO - Procurador

PARECER DO PROCURADOR

Este processo administrativo foi instaurado para apurar possível abuso de poder econômico por parte da firma Knoll S.A. Produtos Químicos e Farmacêuticos, produtora dos remédios controlados e de uso contínuo Akineton (antiparkinsoniano) e Dilacoron (antianginoso e vasodilatador) em suas diversas formas de apresentação.

Os medicamentos estiveram em falta, no mercado, durante o segundo trimestre de 1991. Isso motivou, em 19.7.91, o Presidente da República em exercício a formular representação à Secretaria Nacional de Direito Econômico, com vistas a apurar a notícia de que o desabastecimento

seria proposital, com o fito de forçar alta dos preços desses produtos, que estavam, àquela época, sujeitos ao controle oficial.

Em 22.7.91, houve reunião dos representantes da indústria farmacêutica e entidades de classe do setor com órgãos deste Ministério, que resultou no compromisso de ser normalizada a situação, para que o comércio varejista pudesse atender ao consumo dos medicamentos ainda em agosto de 1991. Na ocasião, a indústria reconheceu "a existência de problemas localizados, especialmente de produção dos medicamentos de uso contínuo e obrigatório"(fls. 02).

Cumpridos todos os trâmites do processo administrativo, concluiu a Secretaria Nacional de Direito Econômico que, quanto aos medicamentos AKINETON, nas apresentações de 2mg. comp. cx c/2, 5mg. amp. cx c/5 - injetável e 4mg. Drg. cx c/2 e DILACORON, na apresentação de 80mg. ds. c/2, houve retenção de estoque. Nos minudentes e cuidadosos relatórios de fls. 275/302 e 310/341, o Dr. Eugênio de Oliveira Fraga, Coordenador-Geral Técnico da Secretaria Nacional de Direito Econômico expõe, com suporte em demonstrações estatísticas, quanto ocorreu com os medicamentos durante o período de abril a agosto de 1991.

Em linhas gerais, o Laboratório representado, durante o período crítico, manteve estoque considerável dos produtos, não atendendo, senão em parte substancialmente diminuta, aos pedidos do comércio varejista, ocasionando a falta desses medicamentos no mercado consumidor (cf. os quadros e análises às fls. 321/336).

A defesa da empresa centra-se em afirmar desvaliosas as apurações da Secretaria Nacional de Direito Econômico por não se aterem aos motivos que ocasionaram o descompasso entre produção e vendas verificado nas investigações técnicas da SNDE. Sugere que a Secretaria Nacional teria fundado as suas conclusões na circunstância do incremento de vendas em agosto e em setembro de 1991, não atenta para o esforço extraordinário realizado pela indústria a fim de cumprir o acordo realizado na Secretaria Nacional de Direito Econômico em 8.8.91. Em outra linha, argumenta ser ilógico supor que a empresa estaria disposta a reter alguns dos seus produtos e não o fazer em relação a outros.

Essas críticas estão respondidas a contento nas fls. 339/340 do relatório final, onde se lê:

"Importante registrar que o relatório do DNPDE observou a situação compradora do mercado nos meses de agosto e setembro de 1991, mesmo com volumes de produção superiores à média, conforme registrou o Knoll. Entretanto, não esqueceu o Departamento do compromisso

assumido em 08.08.91 pelo Knoll perante a SNDE/DNPDE, como quer fazer crer o representado. Da mesma forma, não foi o fato do incremento das vendas em agosto e setembro de 1991 - toda a produção, em níveis bem acima da média foi vendida - que serviu de comprovação para caracterizar que antes dele houve retenção de mercadorias.

Assim, o cumprimento do compromisso de normalização do abastecimento dos produtos fabricados pela Representada não descaracteriza o entendimento do DNPDE sobre a conduta objeto do presente processo administrativo.

Balizou a decisão do DNPDE o fato de as vendas apresentarem declínio, o estoque sofrer acréscimos, a produção encontrar-se em níveis constantes, tudo isso aliado ao fato de o mercado achar-se desabastecido."

O motivo por que alguns e não todos os produtos foram eleitos para integrar o estoque não tem maior relevância, diante da comprovação estatística do fato caracterizador do abuso.

A conduta da firma farmacêutica, como narrada neste feito, encontra tipo no art. 20., III, "c", da Lei n. 4.137/62, que prevê como abuso do poder econômico a prática da retenção, em condições de provocar escassez, de bens de consumo, visando à elevação de preços.

Não fornece a empresa nenhuma justificativa convincente, suportada por fatos comprovados, que torne crível que o desabastecimento anotado neste processo tenha respondido a causa outra que o propósito de forçar aumento nos preços dos produtos.

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

A contração da oferta desses medicamentos essenciais a pessoas portadoras de patologias sérias, decerto que predisporia ao aumento dos preços desses bens - raciocínio que, à falta de outro motivo plausível, terá induzido o Laboratório representado à prática do ato, objeto deste processo.

É significativo, afinal, que, pouco depois da crise de abastecimento, houve aumento dos preços dos remédios (cf. noticiário da imprensa copiado às fls. 115).

Configurado, portanto, o abuso do poder econômico de que trata o art. 20., III, "c", da Lei n. 4.137/62, merece ser julgada procedente a representação.

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.

Parece útil observar, para efeito da fixação da multa, nos termos do art. 40. do Decreto n. 92.323/86, que a fabricação de remédios controlados, de uso constante e obrigatório - bens, portanto, de fungibilidade reduzida e indispensáveis ao usuário - situa a empresa num quadro privilegiado em relação ao consumidor. Tal quadro conta, na doutrina estrangeira, o nome de "posição dominante"(cf. Guilhermino Cabanellas. Derecho Antimonopolico y de Defensa de la Competencia. Buenos Aires, Heliasta, 1983, pp. 647 e seg.). Em lição apropriada a esta causa, e citando Bellamy e Child, o especialista argentino descreve como abuso de posição dominante a adoção pelas empresas de ações que sejam injustas ou desrazoáveis com respeito àquelas pessoas que dependem da firma dominante para a aquisição dos bens de que carecem (cf. ob. cit., p.666).

Não resta dúvida de que, ao abusar da sua posição de domínio na fabricação e fornecimento de medicação necessária e de reduzida fungibilidade, a empresa assumiu comportamento que deve ser considerado grave por sua potencialidade nociva aos consumidores, embora a situação tenha sido transitória, em função até mesmo da intervenção da Secretaria Nacional de Direito Econômico no caso.

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

Brasília, 5 de maio de 1992.

Paulo Gustavo Gonet Branco

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 19/91 se deu em decorrência de representação efetuada pela Presidência da República, em 19/07/91, e com base em indícios de retenção de produtos ocasionando o desabastecimento do mercado.

Referida representação dá conta de "que o setor farmacêutico vem comprometendo o abastecimento regular de medicamentos, dentre eles os de uso contínuo e obrigatório". Esse desabastecimento propositado seria decisão de alguns laboratórios - Rhodia, Aché, Shering, Glaxo e Sintex - que estariam retendo seus estoques para pressionar a liberação geral dos preços.

Conclui a representação recomendado ao Sr. Ministro da Justiça a adoção de providências visando normalizar o mercado e intervir, se for o caso (fl.01).

Em 22.07.91 os precitados laboratórios foram convocados pela Secretaria Nacional de Direito Econômico-SNDE à prestar informações, tendo reconhecido a existência de "problemas localizados, especialmente na produção dos medicamentos de uso contínuo e controlado..."e se comprometeram a garantir a produção e o suprimento de remédios nos níveis praticados nos últimos meses (fls. 02 e 03).

Na oportunidade, o Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos de Brasília entregou a SNDE uma lista de medicamentos escassos no mercado do Distrito Federal, onde foram relacionados remédios produzidos por outros laboratórios, além daqueles citados na referida representação (fl.04).

No sentido de obter elementos sobre o que efetivamente estava ocorrendo, o Departamento Nacional de Defesa e Proteção Econômica - DNPDE solicitou à Knoll S.A - Produtos Químicos e Farmacêuticos informações sobre a produção e vendas de medicamentos de uso contínuo e controlado: AKINETON (antiparkinsoniano), DILACORON (vasodilatador e antianginoso) e MALIASIM (antiepilético).

O Laboratório Knoll prontamente forneceu os dados requeridos, que foram objeto de exame por parte da equipe técnica do DNPDE.

Após análise, a SNDE/DNPDE solicitou a presença dos representantes do laboratório em Brasília para prestar esclarecimentos, tendo demandado informações complementares, notadamente, no que respeita à queda nas vendas ocorridas no 1º semestre de 1991. dos medicamentos AKINETON e DILACORON, visto que o laboratório havia cessado a produção do MALIASIM.

Examinadas as informações e diante dos indícios de retenção dos referidos medicamentos, o Coordenador Técnico do DNPDE propôs a instauração do processo administrativo contra o Laboratório Knoll Produtos Químicos e Farmacêuticos (fls.73a79).

Instada a pronunciar-se a respeito, a Coordenação Jurídica do DNPDE manifestou-se favoravelmente a instauração do Processo Administrativo, visto que "os fatos articulados são passíveis de enquadramento no art. 2º, inciso III segunda parte, alínea "c" da Lei nº 4.137/62 e art. 2º alínea "a", segunda parte, da Lei nº 8.158/91. (fl.80).

Em seguida foram efetuados o despacho de instauração do Processo Administrativo, sua publicação no D.O.U e também notificado o Representado (fls.82 e seguintes).

O Laboratório Knoll S.A - Produtos Químicos e Farmacêuticos arguiu, em sua Defesa Prévia, "não ter sido nominalmente relacionado na representação, o que provocaria e justificaria a carência de fundamentação adequada à instauração do Processo Administrativo... razão pela qual se levaria à constatação de sua improcedência e conseqüente arquivamento". Forneceu, também, informações sobre queda nas vendas de diversas apresentações, dados sobre o volume produzido em Agosto, e estoque verificado em determinadas datas (fls.121/124).

Em 23/03/92 o DNPDE notificou o Laboratório para apresentar sua Defesa Final, tendo encaminhado anexo o relatório do Departamento. (fl.203).

A Representada questionou algumas afirmativas efetuadas pelo DNPDE, informou sobre a retomada da produção em Agosto/91 e argumentou sobre a razão que a levaria a reter determinadas apresentações em detrimento de outras, visto serem os produtos da mesma natureza, e solicitou reavaliação das conclusões.

Sobre a matéria, manifestou-se o ilustre Procurador do CADE, através de fundamentado parecer (fls. 351/357), em cumprimento ao disposto no art. 18 do Regimento Interno deste órgão.

É o Relatório.

Marcelo Monteiro Soares

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

I - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A representada é acusada de promover a retenção dos medicamentos AKINETON (antiparkinsoniano) nas apresentações de 2mg. comp. cx c/2; 5mg. ampola cx c/5 - injetável; e 4mg. Drágeas cx c/2 ; e DILACORON (antianginoso e vasodilatador) na apresentação de 80mg drágeas cx c/2.

De acordo com o Relatório Final do Coordenador Técnico do Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica - DNPDE, Eugênio de Oliveira Fraga, balizou a conclusão do DNPDE o fato de "as vendas apresentarem declínio, o estoque sofrer acréscimos, a produção encontrar-se em níveis constantes, tudo isso aliado ao fato de o mercado achar-se desabastecido".

Essa decisão foi fundamentada em circunstanciados relatórios (fls. 275 a 302 e 310 a 341).

O Laboratório KNOLL - Produtos Químicos e Farmacêuticos arguiu em defesa prévia (fls. 120 a 124) a carência de fundamentação adequada à instauração de Processo Administrativo, visto não ter sido citado nominalmente na representação formulada pela Presidência da República.

II - MÉRITO

À Representada é imputada a prática ilícita de promover manobra visando a fixação artificial de quantidades vendidas ou produzidas e a retenção de estoques em condições de provocar escassez de bem de produção ou de consumo.

Algumas considerações sobre a indústria farmacêutica são necessárias para melhor apreciação dos fatos.

Preliminarmente, cabe considerar que a indústria de fármacos é caracterizada pelos estudiosos das estruturas de mercado como pertencente à concorrência imperfeita, denominada "oligopólio diferenciado". Nessa tipologia de estrutura industrial existe reduzido número de vendedores e os produtos fabricados não são idênticos, mas, sim, diferenciados apresentando-se apenas como sucedâneos (Sylos - Labini in Oligopólio y Progreso Técnico).

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

Desta forma, o esforço competitivo se concentra na chamada competição "extra preço" caracterizada, principalmente, pela publicidade, promoção de vendas e modificações/ inovações no produto.

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

Assim, os consumidores de determinado produto passam a se identificar de tal forma com os mesmos, que se recusam a adquirir outras marcas ou produtos sucedâneos, particularmente marcas novas e desconhecidas.

No caso em questão, há de se presumir que exista uma grande identificação do consumidor com os precitados produtos (AKINETON e DILACORON), notadamente quando se sabe que são utilizados para tratamento de moléstias graves que requerem o seu uso contínuo e controlado por longos períodos.

Por outro lado, cumpre salientar que na estrutura oligopolizada determinadas empresas de bens indispensáveis ao consumidor podem se colocar numa posição privilegiada e dominante de mercado, passando a adotar condutas injustas ou desrazoáveis com relação àquele segmento do mercado dependente do suprimento de seus produtos, como bem observou o eminente Procurador deste Conselho, ao citar análise do estudioso argentino da defesa da concorrência, Guillermo Cabanellas (fl. 356).

As indústrias farmacêuticas instaladas no País são responsáveis pela quase totalidade da produção de medicamentos nas principais áreas terapêuticas, registrando-se índices de concentração de até 90%. Esse segmento industrial apresenta peculiaridades na divisão do mercado, isto é, a competição se dá dentro das diferentes classes terapêuticas em que ele se divide. Assim, as empresas concorrem dentro dessas classes e, não, entre toda a sua linha de produtos (Barreto, Evani Sampaio)

- DAP/MEFP - "Controle de Preços para a Indústria Farmacêutica" - maio/1990).

O Laboratório KNOLL orientou sua defesa enfatizando que o conjunto de informações estatísticas utilizado não seria suficiente para respaldar as conclusões do parecer do DNPDE, visto que outras variáveis interferem, tanto no processo produtivo, como no sistema de comercialização. Mencionou como exemplos a aquisição de matérias primas, custos de estoques, insumos em geral e mercado comprador, sem, contudo, esclarecer como estas variáveis poderiam ter interferido favorável ou desfavoravelmente no abastecimento do mercado.

A partir da criteriosa análise efetuada pelo Dr. Eugênio de Oliveira Fraga, Coordenador Técnico do DNPDE, passo a abordar cada apresentação dos medicamentos, enfocando, prioritariamente; o comportamento das

variáveis PRODUÇÃO, VENDAS e ESTOQUES no decorrer do 1º semestre de 1991.

I- AKINETON 2 mg - comp. cx c/2

A PRODUÇÃO do 1º semestre de 1991, da ordem de 314.155 unidades, foi praticamente a mesma verificada em igual período do ano anterior (321.153 unidades).

AS VENDAS efetuadas no 1º semestre de 1991, 294.709 unidades, apresentaram-se inferiores àquelas verificadas no 1º semestre de 1990 (358.611), ou seja, queda de 17,82%.

Vale observar que no 2º trimestre de 1991 houve queda brusca de vendas, 91.80% em relação ao 2º trimestre de 1990, tendo alcançado seu nível baixo nos últimos 5 anos (fl.321 Quadro I).

Por sua vez, o ESTOQUE do 1º semestre de 1991 aumentou de 8.049 unidades em 01 de Janeiro para 27.501 unidades no final de junho (fl.320). Acresce-se a esta ocorrência o fato de que, no final de Junho, 49.4% dos pedidos dos maiores distribuidores não foram atendidos pelo Laboratório KNOLL (fl.322).

Em sua defesa, o Laboratório KNOLL Produtos Químicos e Farmacêuticos creditou a queda nas vendas à falta de promoção do produto e ao rígido controle de distribuição de amostra grátis.

Tal argumentação perde consistência, visto que a produção verificada no mês de Agosto atingiu 129.148 unidades, 116.08% superior à média mensal do 1º semestre de 1991, e foi totalmente absorvida pelo mercado, mesmo sem promoção do produto.

A Empresa argumentou, também, que a queda nas vendas do produto nesta apresentação é histórica. Os dados mensais de vendas fornecidos pela própria Empresa, relativos ao período de 1987/91, consolidados no Quadro I (fl.321), não permitem chegar a esta conclusão, pelo contrário, demonstram estabilidade nas vendas, excetuando-se o 2º trimestre de 1991, época em que se observou o desabastecimento do mercado.

II - AKINETON 5 mg - Ampola cx c/5 - injetável

Não houve PRODUÇÃO no 1º semestre de 1991.

As VENDAS no 1º semestre/91 foram reduzidas, da ordem de 7.032 unidades, sendo que no 2º trimestre foram comercializadas apenas 105 unidades.

Quanto ao ESTOQUE, em 1º de Janeiro de 1991 havia 19.170 unidades e no final de junho reduziu-se para 12.138 unidades.

A empresa argumentou que por tratar-se de apresentação de uso restrito, destinado basicamente a assistência secundária, a hospitais e centros de treinamento, não ocorreram pedidos no período Abril/Setembro de 1991.

No entanto, a Central de Medicamentos, solicitada a manifestar-se a respeito não fez referência ao precitado produto e nem às razões das eventuais restrições quanto à aquisição.

III - AKINETON (RETARD) 4mg - drágeas cx c/2

A PRODUÇÃO do 1º semestre de 1991 ocorreu apenas nos meses de Fevereiro, Março e Maio, tendo sido 6,3% inferior à igual período de 1990. Ressalte-se que em Março e Abril os níveis de produção estiveram bastante acima da média mensal, o que permitiu fosse mantido o volume de produção do semestre (fl. 325).

AS VENDAS no 1º semestre de 1991 apresentaram-se 25% inferiores às de igual período do ano anterior.

No 2º trimestre a queda foi brusca, da ordem de 73,33%, se comparado com mesmo período de 1990 (fl.325 Quadro IV).

O ESTOQUE em 01.01.91 era de 40.237 unidades e evoluiu, em 30 de Junho, para 65.942 unidades, apresentando uma expansão de 63% (fl. 324).

O Laboratório KNOLL justificou a descontinuidade de produção (fl. 199) nos meses de Abril e Julho, alegando problemas técnicos, fato que teria afetado o abastecimento nos meses subsequentes.

De igual modo, o Laboratório KNOLL argumentou em sua Defesa Prévia (fl. 122) que o produto teria sofrido queda nas vendas devido à falta de promoção e ao rígido controle ético na distribuição de amostras grátis, muito embora em Julho/91 61,5% dos pedidos não haviam sido atendidos (Quadro V, fl 326).

Na realidade, o mercado deste produto possuía demanda insatisfeita, e tanto é verdade que a expansão da produção ocorrida em Agosto de 1991 (119.662 unidades), 118% superior à média mensal verificada em 1990, foi totalmente absorvida pelo mercado.

IV - DILACORON - 80mg drágeas cx c/2

PRODUÇÃO - O volume produzido no 1º semestre de 1991 (1.074.656 unidades) apresentou-se praticamente no mesmo nível em igual período de 1990 (1.017.988), conforme se verifica no Quadro VI (fl. 328).

AS VENDAS no 1º semestre de 1991 (932.370 unidades) apresentaram-se inferiores em 9% àquelas ocorridas no 1º semestre 1990, tendo-se constatado quedas bruscas, da ordem de 76,8% e 71,6% nos meses de Maio e Junho em relação a Abril/91.

O ESTOQUE, por sua vez, saltou de 682 unidades em 01.01.91, para 142.968 unidades no final do semestre (fl.327).

Releva salientar que o índice mais elevado de não atendimento aos distribuidores (68,7%) ocorreu exatamente no mês de Julho (fl. 329) quando, conforme mencionado anteriormente, havia grande volume de produto estocado (142.968 unidades).

Em sua argumentação, o Laboratório KNOLL - Produtos Químicos e Farmacêuticos enfatiza que a queda das vendas vem ocorrendo em consequência da forte concorrência de similares, da restrição à distribuição de amostras grátis, sendo que os estoques se devem à redução nas vendas.

A credibilidade da Representada fica prejudicada, visto que o mercado apresentava-se fortemente comprador, tendo absorvido integralmente as quantidades produzidas nos meses de julho e Agosto que foram, respectivamente, 25,5% e 364,25% superiores à verificada no mês de Junho. De outra parte, os pedidos dos distribuidores não atendidos pelo Laboratório KNOLL evoluíram no 1º semestre de 1991 de 20,7% em Abril para 56,3% em Junho, alcançando 68,7% no mês de Julho (fl. 329).

Em síntese, a linha básica de argumentação do Laboratório KNOLL fundamentou-se em assertivas facilmente rejeitadas;

a) não procede a assertiva de que a "carência de fundamentação adequada à instauração do Processo Administrativo, visto não ter sido citado nominalmente".

Inconsistente o argumento da defendente, em razão de a Lei nº 8.158 e o Decreto nº 36 que a regulamentou facultarem à SNDE, ao tomar conhecimento de fato caracterizador de infração à ordem econômica, notificar de ofício o agente apontado como causador do ilícito, instaurando o competente processo administrativo.

b) a alegada "queda nas vendas do AKINETON - 2mg comp. cx c/2 é histórica, vem ocorrendo desde 1989 e deve-se à falta de promoção do produto" é im procedente, visto que tal queda não estava se verificando (quadro I fl. 321).

c) **DILACORON 80mg drágeas cx. c/2** - O argumento de que "a redução das vendas se deu em virtude da forte concorrência e a diminuição na

distribuição de amostras grátis" é insubsistente, visto que a produção do mês de Agosto, 120% superior à média mensal de 1991, foi totalmente vendida, o mesmo ocorrendo com a de Julho (fls. 327/328).

d) não procede igualmente a assertiva de que "seria ilógico a retenção de determinados produtos e outros não, embora sendo todos de mesma natureza". Na realidade, em um mercado oligopolista diferenciado, cada produto (apresentação) possui características próprias e particulares, notadamente no que respeita à sua participação relativa no mercado frente aos sucedâneos e a sua consolidação/aceitação.

Por outro lado, como bem observou o emitente Procurador deste Conselho, "o motivo porque alguns e não todos os produtos foram eleitos para integrar o estoque não tem mais relevância, diante da comprovação estatística do fato caracterizador do abuso".

e) também insubsistente é a afirmação da Representada de que "na administração da atividade industrial deve-se considerar aspectos econômicos relevantes para se definir volumes de produção em diferentes momentos". É importante reconhecer que o lucro é lícito, sendo inerente à atividade empresarial, assim como o risco. De outra parte, não se pode também deixar de reconhecer que uma empresa que produz medicamentos essenciais deve ter um forte compromisso com os consumidores de seus produtos e uma postura ética a ser preservada.

Ressalta-se que o bem estruturado e consistente conjunto de dados e informações coletados pela SNDE/DNPDE interpretado pelo Dr. Eugênio Fraga, conduz a sólidos elementos de convicção de que o Laboratório KNOLL exercitou uma prática desleal de comércio, caracterizada pela retenção dos produtos em condições de provocar escassez.

Em síntese, é lícito afirmar que no caso presente verificaram-se claramente as seguintes ocorrências:

PRODUÇÃO - no 1º semestre de 1991 foram praticamente mantidos os volumes produzidos em iguais períodos dos anos anteriores;

VENDAS - ocorreram reduções bruscas no período (1º semestre/91, com ênfase no 2º trimestre/91), comparativamente com os mesmos períodos de outros anos;

ESTOQUES - houve aumento considerável de quantidades em poder do Laboratório KNOLL ao final do 1º semestre/91.

REDE DE DISTRIBUIÇÃO - os pedidos de aquisição efetuados pelos distribuidores e não atendidos pelo Laboratório KNOLL acentuaram-se ao longo do 1º semestre/91.

MERCADO - apresentou-se desabastecido, embora ocorresse forte demanda;

CONSUMIDOR - não podia obter o medicamento.

Na verdade, o que pode ser inferido, o ilustre Procurador deste Conselho o fez em seu parecer:

"Não fornece a empresa nenhuma justificativa convincente, suportada por fatos comprovados, que torne crível que o desabastecimento anotado neste processo tenha respondido a causa outra que o propósito de forçar aumento nos preços dos produtos.

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

A contratação da oferta desses medicamentos essenciais a pessoas portadoras de patologias sérias, decerto que predisporia ao aumento dos preços desses bens - raciocínio que, à falta de outro motivo plausível, terá induzido o Laboratório representado a prática do ato, objeto deste processo.

É significativo afinal, que, pouco depois da crise de abastecimento, houve aumento dos preços dos remédios (cf. noticiário da imprensa copiado às fls. 115).

Na realidade, outra não poderia ter sido a motivação, visto que a regularização das vendas no mês de Agosto/91, em níveis superiores aos das médias mensais de períodos anteriores, demonstra tanto a capacidade de produção do Laboratório, quanto a inexistência de dificuldades de colocação dos referidos produtos no mercado.

Cumpre ressaltar que nenhuma empresa que atua na área de fabrico de medicamentos é obrigada a produzir remédios a preços conjunturalmente desfavoráveis.

Caso tal ocorrência venha a se verificar, a providência legal é comunicar ao Ministério da Saúde, com 180 dias de antecedência, a sua determinação em cessar a produção (Decreto nº 79.094/74). Este, aliás, foi o comportamento adotado pelo Laboratório KNOLL em relação ao medicamento MALIASIN (antiepilético) nas apresentações 25mg e 100mg drágeas em 1991 (fl. 24).

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

Como bem afirmado pelo eminente Procurador deste Conselho, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, "ao abusar da sua posição de domínio na fabricação e fornecimento de medicação necessária e de reduzida fungibilidade, a empresa assumiu comportamento que deve ser considerado grave por sua potencialidade nociva aos consumidores, embora a situação tenha sido transitória, em função até mesmo da intervenção da Secretaria Nacional de Direito Econômico"(fls. 356 e 357).

Não há dúvida de que o desabastecimento do mercado dos medicamentos AKINETON e DILACORON foi uma decisão deliberada, de duvidosa inspiração ética, em que faltaram ao Laboratório KNOLL a indispensável responsabilidade social e o compromisso para com os consumidores de seus produtos.

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

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

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

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

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

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

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

A multa é fixada com base na gravidade do fato abusivo, que, conforme visto, interfere diretamente com a saúde da população, aspecto que merece máximo cuidado pelas empresas que se dedicam às atividades

produtivas e comerciais que o envolvam. As restrições geradas pela representada causaram notoriamente ansiedade nos consumidores ao provocar o desabastecimento do mercado. Os consumidores se viram privados da possibilidade de continuar a adquirir os medicamentos de uso contínuo e obrigatório de que necessitavam durante o período crítico considerado.

O valor da multa, de Cr\$ 160.000.000,00 (cento e sessenta milhões de cruzeiros), portanto, tem em mira expressar a repulsa pelo abuso do poder econômico praticado pela empresa Laboratório KNOLL S.A - Produtos Químicos e Farmacêuticos, de intensa gravidade, até mesmo pelo bem que afeta.

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

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

Observe, por fim, que o montante da multa se acomoda dentro dos limites mínimo e máximo previstos na Legislação em vigor (Lei nº 4.137/62, art. 43, Decreto nº 92.323/86, art. 4º, e Leis nºs 8.177/91, 8.178/91, 8.218/91 e 8.383/91) e nos termos da Resolução CADE nº 01, de 21 de maio de 1992, publicada no D.O.U. de 27 subsequente.

Este é o meu VOTO.

Brasília, 27 de maio de 1992.

Marcelo Monteiro Soares

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

Conforme pode-se constatar no exame dos autos, que está comprovada a prática ilícita, por parte da Representada, de retenção de estoque de medicamentos de uso contínuo e obrigatório, para fins especulativos.

Não resta dúvida de que o desabastecimento dos medicamentos AKINETON e DILACORON foi uma decisão deliberada, de duvidosa inspiração ética, em que faltaram ao Laboratório Knoll a indispensável responsabilidade social e o compromisso para com os consumidores de seus produtos.

Destaque-se que à Representada foram assegurados ao longo deste Processo Administrativo, o contraditório e ampla defesa, atendendo assim o disposto no inciso IV do art. 5º da Constituição Federal.

A conduta da Representada, de abuso do poder econômico, prevista no art. 2º, inciso III, alínea - c- da Lei nº 4.137 de 10.09.62, está juridicamente fundamentado no voto proferido pelo ilustre Conselheiro-Relator. Voto este que está em harmonia com o bem lançado parecer do ilustre Procurador deste Conselho.

Creio não restar dúvida de que, ao abusar da sua posição de domínio na fabricação e fornecimento de medicação necessária e de reduzida fungibilidade, a empresa assumiu comportamento que deve ser considerado grave por sua pontencialidade nociva aos usuários dos mesmos.

Pelas razões expostas, e sem embargo do reconhecido trabalho de defesa desenvolvido pelo Advogado Dr. Roberto Trigueiro Fontes, acompanho integralmente o VOTO proferido pelo ilustre Conselheiro-Relator, Dr. Marcelo Soares Monteiro, pela procedência da Representação e cominação da multa no valor de Cr\$ 160.000.000,00 (cento e sessenta milhões de cruzeiros), que tem como objetivo expressar a repulsa pelo abuso do poder econômico praticado pela empresa Laboratório Knoll S.A - Produtos Químicos e Farmacêuticos, de intensa gravidade, até mesmo pelo bem que afeta.

Brasília-DF, 27 de maio de 1992

José Matias Pereira

VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD

Improcede a preliminar levantada pelo ilustre advogado da Representada, quanto à ilegitimidade de parte.

O argumento de que os culpados pelo desabastecimento são os distribuidores é insustentável. Aliás, essa alegação jamais foi feita pelo Representado no decorrer do processo administrativo.

A defesa centrou-se em outros argumentos, todos refutados técnica e juridicamente pelos técnicos e advogados da SNDE.

Demonstrado ficou que a Representada é a responsável pela retenção dos estoques dos medicamentos Akineton e Dilacoron.

Tanto na defesa prévia quanto na defesa final, teve a Representada amplamente assegurado seu direito de defesa, tendo tido oportunidade de requerer diligências e fazer provas.

Em momento algum se lembrou dos distribuidores.

A baixa ora requerida constitui, pois, expediente meramente protelatório que em nada alteraria a verdade dos fatos por que se imputa à Representada a conduta abusiva de reter estoques de medicamento de uso contínuo e controlado.

No mérito, acompanho, por seus próprios fundamentos, o voto do ilustre Relator.

É o meu VOTO

Neide Teresinha Malard

VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

A prática ilícita, por parte da Representante, caracterizada pela retenção de estoques de medicamentos de uso contínuo e necessário, para fins especulativos, esta segundo se pode constatar, devidamente comprovada nos autos.

O voto proferido pelo ilustre Conselheiro-Relator está juridicamente fundamentado, tipificando a conduta da Representada como forma de abuso do poder econômico, assim prevista no art. 2º, inciso III, alínea - c- da Lei nº 4.137 de 10.09.62, aplicando-se como decorrência a penalidade cabível.

Destaque-se que tal VOTO guarda harmonia com o bem lançado parecer do douto Procurador do CADE.

Ressalte-se, por fim, que à Representada foram sempre assegurados, neste processo, o contraditório e ampla defesa, cumprindo-se o disposto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

Por todas essas razões, e sem embargo do belo trabalho desenvolvido pelo advogado Dr. Roberto Trigueiro Fontes, que honra esta Tribuna, acompanho integralmente o VOTO proferido pelo ilustre Conselheiro-Relator, Dr. Marcelo Soares Monteiro, pela procedência da Representação e cominação da multa, tal como fixada e motivada.

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 17

REPRESENTANTE: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

REPRESENTADA: LABORATÓRIOS PFIZER LTDA

DECISÃO

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

Plenário do CADE, 16 de junho de 1992.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro Relator

CARLOS EDUARDO DE CARVALHO - Conselheiro

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

Fui presente:

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO - Procurador

PARECER DO PROCURADOR

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tampouco aqui a crítica ao processo administrativo impressiona.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

No caso sob exame, o propósito de auferir lucros abusivos com a medida assumida pelo Laboratório resulta cristalino do conhecimento de princípios de economia. Não se entende racional uma estratégia de empresa de voluntariamente reduzir a sua produção, quando não ocorrem circunstâncias peculiares que imponham a medida, a não ser como artilagem direcionada à

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

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

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

Os fatos não parecem corroborar essas assertivas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por outro lado, a capitulação dos fatos propugnada pela SNDE não destoa do § 4º. do art. 173 da Constituição. Ali se estipula que

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

A norma constitucional não impede que o legislador ordinário descreva outros comportamentos como abusivos do poder econômico. A Constituição, neste dispositivo, não está limitando a atuação do legislador,

mas está a estabelecer o núcleo necessário à lei que vier a regular o tema do abuso do poder econômico.

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

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

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

Ainda que assim não fosse, no caso dos autos haveria considerar que o laboratório, com o seu procedimento, visava a um aumento arbitrário de lucros.

A empresa com o seu procedimento esperava influenciar o governo a permitir elevação de preços, de modo a que pudesse obter a margem de lucro que estimava adequada. Pretendia, em suma, ter aumento de lucros. Esses lucros, porém, seriam arbitrários, pois seriam discordantes da remuneração do capital investido que o governo, à vista de considerações de ordem social e econômica, tinha como justa naquele instante.

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

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

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

Brasília, 14 de maio de 1992.

Paulo Gustavo Gonet Branco

RELATÓRIO do Conselheiro Relator

I - INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- Que a empresa apresenta índice insatisfatório de liquidez;

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

- Que o nível de rentabilidade é insatisfatório.

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

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

III - ALEGAÇÕES DA DEFESA FINAL DO REPRESENTADO

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

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

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

a) O DE ESPECIFICAÇÃO DA ACUSAÇÃO;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PRODUÇÃO %

1º SEMESTRE

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

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

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

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

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

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

Vê-se pelos números:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V- MANIFESTAÇÃO DO PROCURADOR DO CADE

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

É o Relatório

José Matias Pereira

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

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

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

I- CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

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

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

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

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

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

II - MÉRITO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Quadro Comparativo-Produção/Vendas

(1987/1991-1º Semestre)

Média Mensal (Diabinese 250 mg.), em caixas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por sua vez, a capitulação dos fatos propugnada pela SNDE não destoa do parágrafo 4º do art. 173 da Constituição Federal. E sobre essa questão incorporo no presente VOTO a manifestação do Sr. Procurador do CADE (fls. 443/445) no seu fundamentado parecer, que concluiu "A Constituição, neste dispositivo, não está limitando a atuação do legislador, mas está a estabelecer o núcleo necessário à lei que vier a regular o tema do abuso do poder econômico"... "Cumpra reconhecer, dessarte, que a lei não está restrita, no descrever condutas abusivas, às três manifestações mais corriqueiras do abuso do poder econômico, que o próprio constituinte cuidou de enunciar e de tornar como de obrigatória punição".

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

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

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

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

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

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

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

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

Brasília-DF, 03 de junho de 1992.

José Matias Pereira

VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

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

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

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

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

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

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

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

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES

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

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

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

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

Marcelo Monteiro Soares

VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD

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

Neide Teresinha Malard

VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Aduz o ilustre Procurador:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

É como voto.

Neide Teresinha Malard

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 obrigatória punição.

Ainda que assim não fosse, no caso dos autos haveria considerar que o laboratório, com o seu procedimento, visava a um aumento arbitrário de lucros.

A empresa 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 - 1990555.924 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

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 incursa (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 litígio" (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 arrede 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, Plazil, 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 desses 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 influíram 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, prejulga 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 denunciantes;

2. Notificação dos eventuais denunciantes 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 prejulga 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 indeferir-lá. 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 influenciaram 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	1987 (1ºSem.) 7.092	
" 9.718	1990 " 7.368	1988 " 5.785	
4.848	1991 "	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 arrede 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 devem 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. 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 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.

Observo, 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

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 02

INSTAURADO DE OFÍCIO PELA SECRETARIA NACIONAL DE DIREITO ECONÔMICO INDICIADAS: WEST DO BRASIL COM. E IND. LTDA; METALÚRGICA MARCATTO LTDA; RAJJ COM. E IND. DE TAMPAS METÁLICAS LTDA; SOARES IND. E COM. LTDA E FARMACAP IND. E COM. LTDA

DECISÃO

Por unanimidade os membros do Conselho decidiram pelo arquivamento do Processo administrativo nº 02, com base nas razões expostas nos votos da Conselheira Relatora e dos demais Conselheiros, e pela ciência ao Ministério Público da decisão do Colegiado.

Plenário do CADE, 09 de setembro de 1992

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

NEIDE TEREZINHA MALARD - Conselheira Relatora

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui Presente

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO - Procurador

PARECER DO PROCURADOR

***EMENTA** - Combinação prévia de preços em concorrência pública. Prova. Doutrina. Liderança de preço. Ampla defesa e clareza da denúncia. Pertinência da Lei nº 8.158/91, nos seus aspectos processuais, a fato ocorrido em 1990.*

As empresas que respondem a este processo administrativo participaram, em 31/7/90, de licitação promovida pela Fundação para o

Remédio Popular - FURP, que visava a aquisição de tampas de borracha butílica e selo de alumínio natural - Concorrência FURP nº 009/90. A Secretaria Nacional de Direito Econômico, atenta a denúncia formulada pela imprensa, instaurou o feito porque as licitantes teriam, mediante prévio acordo, oferecido propostas iguais. Cumpridos os trâmites do processo, a SNDE entende configurado o abuso do poder econômico descrito no art. 2º, V, "b", da Lei nº 4.137/62.

Ao longo do processo, as empresas envolvidas apresentaram defesas, atacando a regularidade formal do processo e o mérito da acusação.

Fala-se, de início, em inépcia da denúncia, por falta de clareza.

A acusação, no processo administrativo, deve ser formulada de modo a possibilitar ao defendente o conhecimento do que lhe é atribuído, permitindo-lhe argumentar em prol dos seus interesses com eficiência. Esse requisito está satisfeito nos autos. Tanto isso é verdade que as empresas apresentam circunstanciada defesa, abrangente de todos os aspectos da conduta que foi tida como ilegítima pela Secretaria Nacional de Direito Econômico. Não sofreram prejuízo algum, à conta do modo como foram descritos os fatos relevantes nestes autos.

As empresas puderam bem se defender. Foi-lhes enviada nota técnica, onde se narra, com precisão, o comportamento tido como ilícito. A nota técnica se refere à licitação em que ocorreu o problema e aponta a identidade de preços apresentados nas propostas dos concorrentes como indício da prática de combinação entre as empresas, em prejuízo da concorrência pública. Na nota, tipificou-se a conduta no art. 2º, V, "b", da Lei nº 4.137/62. Bem se vê, dessarte, que não procede a censura.

As empresas criticam, ainda, o processo por ter sido aberto com base na Lei nº 8.158/91, que é posterior ao fato relevante, e que não se referiria a ilícitos previstos na Lei nº 4.137/62.

Nada, entretanto, há de surpreendente em se trilhar o procedimento da Lei nº 8.158/91 neste caso. Não se ignora que as regras processuais vigoram a partir do instante em que editadas. Neste particular, não prevalece a lei do tempo do fato - até porque nenhum prejuízo disso decorre para a defesa. Ademais, a Lei nº 8.158/91 recebe os ilícitos descritos na Lei nº 4.137/92, conforme faz ver o seu art. 23

Merece registro, outrossim, que foram ouvidos depoimentos dos dirigentes das empresas, sob o crivo do contraditório.

Não cabe reparo, pois, à legitimidade de forma do processo.

No mérito, vale recordar que o tipo a que se conformaria a conduta das empresas supõe um acordo - ainda que informal - entre as empresas, para fixar os preços apresentados nas propostas da concorrência pública.

É irrelevante indagar se as empresas obtiveram a vantagem que esperavam com o pacto ou mesmo se houve prejuízo efetivo para a Administração. Tudo quanto importa é que, por força do acordo, tenha sido frustrada a independência das empresas que concorrem a um mesmo mercado - valor a que a lei tem em mira tutelar.

A prova do conluio não é fácil, mas repugna ao bom senso que essa dificuldade venha a inviabilizar a punição desse tipo de conduta. Por isso, o sopesamento dos elementos de convicção há de ter em conta as peculiaridades intrínsecas a esses tipos de acordos, marcados pela cautela com a discrição. Evidências com robustez documental, por exemplo, não devem ser esperadas - até porque o impossível não pode ser exigido.

Perplexidades quanto à instrução de semelhantes processos resolvem-se, em toda parte, à base do senso comum. Notícia, a propósito, Guillermo Cabanellas que a Suprema Corte norte-americana tem jurisprudência alinhada com a tese de que se pode dar por provada a conduta concertada ilícita se esta é a única explicação plausível para o comportamento considerado (*Derecho Antimonopolico y de Defensa de 1ª Competencia*. Buenos Aires, Heliasta, 1983, p. 276

Ensina o mesmo autor, forte em estudos de direito comparado:

"As condutas conscientemente paralelas reúnem, com respeito à pratica de conluio, um valor essencial de presunção, conforme surge do estudo dos antecedentes estrangeiros (...). O valor probatório de tais condutas resulta tanto mais importante quanto em grande parte dos atos anticompetitivos é impossível reunir elementos de prova de tipo não-presuntivo, respeito à existência de uma possível concertação"(ob. cit., p. 294).

Percebe-se, portanto, que a coincidência de condutas assumidas por mais de uma empresa é elemento que permite crer no conluio vedado por lei. Desse modo, agiu perfeitamente a Secretaria Nacional de Direito Econômico ao abrir o processo administrativo para averiguar o possível ilícito de direito econômico no fato da apresentação de idênticas propostas na concorrência da FURP. Agiu bem avisada, ainda, ao remeter o processo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica. O assunto envolve delicada interpretação do direito e de provas, cujo exercício cabe, exclusivamente, ao órgão judicante desde Ministério.

Está visto que a falta de causa razoável para explicar a identidade de conduta das empresas induz à suspeita concreta sobre a existência de acordo

ilegal. A coincidência, entretanto, pode ser fruto de causa não repudiada pelo legislador. Isso o que leciona Cabanellas:

"Independentemente do seu valor probatório, as condutas conscientemente paralelas não constituem, por si mesmas, ação concertada. O paralelismo próprio desta categoria pode resultar de condições totalmente alheias à existência de uma prática colusória entre as partes envolvidas. Tal é o caso dos mercados em que a homogeneidade dos produtos oferecidos leva a uma uniformidade dos preços cobrados, ou em que a liderança de preços exercida por determinada empresa dá lugar a iguais efeitos. Formas menos perfeitas de paralelismo, mas igualmente alheias à existência de um concerto entre competidores, podem resultar da transparência de mercado, que impede aos distintos ofertantes adotar políticas de preços marcadamente divergentes"(ob. cit., p. 292)

Duas páginas adiante, o autor portenho retoma algumas circunstâncias que podem ser consideradas para explicar a conduta paralela, subtraindo-lhe o caráter reprovável:

"A tal efeito, deve considerar-se a homogeneidade do produto, a transparência do mercado, a similitude na estrutura operativa e de custos dos distintos competidores, a presença de um fato com impacto similar sobre a totalidade dos ofertantes".

Resta firmar se, in casu, é justificável a apresentação de iguais propostas de preços pelas licitantes.

Tenho que, aqui, a coincidência anotada perde a força de presunção do conluio, porquanto é possível explicar o fato sem abusar da credulidade do observador.

Alegam as empresas que agiram sob a influência do fenômeno da liderança de preços. Garantem, ainda, que a liderança não resultara de qualquer acordo, mas de mecanismos do mercado.

Sustentam que, durante período de 1990, os preços dos seus produtos estiveram sob o controle do governo, que tomava como paradigma o valor praticado pela West do Brasil.

Não seria de estranhar, portanto, que os preços cobrados por essa firma continuassem a repercutir sobre o mercado nos meses seguintes ao término do controle governamental.

Os preços eram verificadas, conforme alegam, diretamente no mercado. Importante, neste passo, a defesa da firma Soares Industria e Comércio Ltda:

"Os preços dos "lacs de alumínio" eram controlados e fixados pelo CIP até 15/3/90. Tal política levou a um acomodamento natural de área comercial dos fabricantes, que após a extinção do órgão controlador passaram a seguir os preços arbitrados pela líder do setor, a West do Brasil Ind. e Com. Ltda. Tal procedimento era rotineiro, pois os preços da West nos eram informados pelos diversos clientes tão logo nossas cotações suplantavam as da concorrente"(fls. 258).

A mesma empresa argumenta, documentadamente, em contrário à idéia do conluio na licitação:

"Nossos preços de venda às empresas públicas eram rigorosamente iguais aos praticados junto aos demais clientes, em sua maioria multinacionais da área farmacêutica, com enorme poder de barganha e aos quais não temos a menor condição de impor preços"(fls. 259).

As características do mercado em tela conferem crédito, ainda, à Farmacap Indústria e Comércio Ltda, ao dizer que, "sendo uma empresa nova, na época, não teria condições de, com preços próprios superiores, sobreviver em mercado tão restrito"(fls. 440).

Assim, à vista das peculiaridades da espécie - tais a homogeneidade do produto, a facilidade com que as empresas denunciadas poderiam acompanhar os preços da líder por uniformes do próprio mercado (transparência do mercado), a circunstância de ter havido controle governamental de preços até momento próximo da licitação, bem assim o fato de que a identidade de preços verificada na concorrência pública ocorria também no mercado privado - , tudo isso faz razoável admitir, na hipótese, a existência de mera liderança de preço, irrelevante do ponto de vista da legislação repressiva ao abuso do poder econômico. Esses fatores não

permitted ter como provada a concorrência desleal exercida por combinação de preços em concorrência pública.

A falta de outros elementos de convicção acerca do alegado conluio, opino pelo arquivamento do processo.

Brasília, 17 de julho de 1992.

Paulo Gustavo Gonet Branco

RELATÓRIO DA CONSELHEIRA RELATORA

***EMENTA:** Fato ocorrido antes da vigência da lei nº8.158/91. Concorrência desleal, liderança de preço.*

1- A norma de processo administrativo obedece ao princípio da aplicação imediata. A Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991 passou a regular o processo de apuração das infrações contra a ordem econômica, previstas na Lei nº 4.137, de 09 de setembro de 1962, ainda que cometidas antes de sua entrada em vigor. 2- A conduta abusiva prevista no art. 2º, V, "b", da Lei nº 4.137/62 é meramente instrumental, necessitando para sua configuração a existência de prática desleal vis a vis concorrente. 3- Preços iguais para produtos homogêneos no mercado oligopolizado podem decorrer de conduta normal de concorrentes, explicada na teoria econômica pela liderança de preço. 4- Se a prática de preços iguais se explica tão só por causa econômica, não se podendo inferir dos acontecimentos no mercado que resultou de conluio, não se pode condenar as indiciadas por conduta abusiva. 5- Improcedência do processo administrativo.

RELATÓRIO

Em razão de matéria veiculada no Jornal do Brasil de 30/09/90, dando conta de prática concertada entre fornecedores de selos de alumínio, em licitação realizada pela Fundação para o Remédio Popular - FURP, entidade da Administração do Estado de São Paulo, a Secretaria Nacional de Direito Econômico - SNDE instaurou processo administrativo, com base na Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, para apurar a ocorrência de infração à ordem econômica, capitulada no citado texto legal.

Foram notificadas empresas Farmacap Indústria e Comércio Ltda., Metalúrgica Macatto Ltda., Rajj Comércio e Indústria de Tampas Metálicas Ltda., Soares Indústria e Comércio Ltda. e West do Brasil S.A., para comparecerem à SNDE a fim de prestarem esclarecimentos sobre a aludida

prática (fls. 2, vol. 074, fls. 2, vol. 072, fls. 30, vol. 099, fls. 2, vol. 073, fls. 7, vol. 075, respectivamente).

A documentação pertinente a cada uma das empresas foi atuada separadamente, constituído o processo de seis volumes, dois relativos à West. Tanto no relatório quanto no voto, quando mencionar peças e documentos que constituem o processo, utilizarei a seguinte referência: volume nº 072, relativo à Metalúrgica Marcatto Ltda.; volume nº 073, relativo à Soares Indústria e Comércio Ltda.; volume nº 074, relativo à Farmacap Indústria e Comércio Ltda.; volumes nº075, 1º e 2º, relativos à West do Brasil S.A. e volume nº 099, relativo à Rajj Comércio e Indústria de Tampas Metálicas.

Solicitaram-se informações sobre a participação das indiciadas nas licitações para fornecimento de tampas metálicas, realizadas pelo Instituto Butantã, pela Central de Medicamentos, pela Fundação Oswaldo Cruz e pela Fundação do Remédio Popular.

Disse o Instituto Butantã que as empresas indiciadas participaram da Tomada de Preços nº 74/90, realizada em 31 de agosto de 1990, para o fornecimento de tampas de alumínio, tendo todas elas cotado o mesmo preço. No entanto, foi o fornecimento adjudicado à Metalúrgica Marcatto S.A., pelo critério do menor prazo de entrega (fls. 06, vol. 075, 1º, fls. 07/24, vol.072, fls. 08, vol. 073 e fls. 07, vol. 074).

A Fundação do Remédio Popular remeteu documentos que informam terem as mesmas empresas participado, dentre outras realizadas em anos anteriores, da Concorrência FURP nº 009/90, realizada em 17 agosto de 1990, tendo cotado preços idênticos (fls. 10/22, vol. 075, 1º, fls. 78/92, vol. 099, fls.28 e fls. 149/163, vol 072, fls. 10/25 e 29, vol. 073, fls. 08/23 e fls. 26, vol. 074).

Informou a Fundação Oswaldo Cruz que, na licitação constante do processo nº 1279/90-72, participaram Soares Indústria e Comércio Ltda. e Rajj Comércio e Indústria de Tampas Metálicas Ltda., tendo ambas cotado o mesmo preço. Diante de recusa das duas empresas em oferecer desconto, procedeu-se ao sorteio, saindo vitoriosa a firma Rajj (fls. 24, vol. 075, 1º, fls. 26/27, vol. 072, fls. 09, 28, 30/32, vol. 073 e fls. 23A/24, vol.074).

A CEME repassou as informações que lhe foram prestadas pelo Sindicato da Indústria dos Produtos Farmacêuticos no Estado de São Paulo - SINDIFARMA, cujas associadas utilizam as tampas em questão. Disse o Sindicato que os preços, em geral, são iguais, ocorrendo os reajustes em épocas e percentuais também iguais.

Quanto a oferta do produto, informou o Sindicato que não havia problemas de abastecimento, a não ser em épocas excepcionais (fls. 028, vol. 075,1º).Forneceu, ainda, a CEME cópia da proposta da Rajj na Tomada de Preços nº 038/90 fls. 38, vol.099), bem como os documentos de fls. 62/66,

vol. 099, fls. 133/139, vol. 072, fls. 176/185, vol. 073, fls 28/29 e fls. 237/242, vol. 074.

Em 16 de outubro de 1990, atendendo à convocação de SNDE, as empresas Marcatto, Soares, Farmacap e West compareceram ao Ministério da Justiça, tendo prestado as informações constantes de fls. 25, vol. 072, fls. 26/27, vol. 073, fls. 24A/25, vol. 074 e de fls. 23, vol. 075, 1º, respectivamente.

Em 19 de outubro de 1990, foi a vez da empresa Rajj comparecer ao Ministério da Justiça, onde prestou as informações constantes de fls. 31/32, vol. 099.

Em 14 de novembro de 1990, foi solicitado à Marcatto e à Farmacap o fornecimento de nova documentação (fls. 140, vol. 072 e fls. 141/145, vol. 072 e de fls. 244/253, vol. 074.

Solicitou-se às indiciadas que fornecessem tabelas de preços e alguns documentos complementares (fls. 023, vol. 075, 1º), vindo, em consequência, aos autos a documentação de fls.29/353, vol. 075, 1º, fls. 39/56, fls. 70/77 e fls. 96/104, vol. 099, fls. 33/129, vol. 072, fls. 37/175, vol. 073 e de fls. 31/ 232, vol. 074.

Posteriormente, foi enviada circular a cinco laboratórios compradores dos produtos da West, solicitando cópias das notas de compra de produtos variados (fls. 354/358, vol. 075, 1º).

Em resposta à mencionada circular, a Merk S.A. Indústrias Químicas enviou notas fiscais relativas a aquisições de tubo plástico de 27x87 mm, branco, sem gravação (fls.359/383, vol. 075, 1º); a Merrell Lepetit Farmacêutica Ltda. remeteu notas fiscais relativas a compras de pistão de borracha PL-4 235 P, cinza (fls.384/404, vol. 075, 1º); a Catarinense de Produtos Descartáveis Comércio, Ind. e Representação Ltda. ofereceu notas fiscais relativas a compras de conector de borracha p/s/s "flashball" 7801/30, transparente (fls. 408/413, vol. 075, 1º); Laboratórios B.Braun S.A. enviou notas fiscais relativas a aquisições de conector de borracha p/s/s "flashball" 7801/30, transparente e pistão de borracha para seringa 20 cc B.Braun 1006, preto (fls. 415/550, vol. 075, 1º); e a Prodome Química e Farmacêutica Ltda. remeteu notas fiscais relativas a compras de tampa de alumínio sistema "flip off" 20 mm, amarelo Ivomec, gravado (fls. 553/558, vol. 075, 1º).

Em 21 de fevereiro de 1991, o DNPDE solicitou às indiciadas que lhe enviassem as tabelas de preços praticados após 13/09/90, bem como cópias das cinco propostas apresentadas pelas empresas em licitação pública (fls. 559, vol. 075, 1º). Em resposta, vieram os documentos de fls. 562/628, vol. 075, 1º, fls. 164/183, vol. 072, fls. 209/217, vol. 073 e fls. 273/294, vol. 074, tendo sido solicitados à West e à Soares documentos complementares, os

quais vieram aos autos às fls. 651/662, vol. 075, 1º e fls 221/228, vol. 073, respectivamente.

Solicitou-se à Fundação para o Remédio Popular - FURP o envio de documentos relativos a licitação nº 009/90, vindo aos autos os documentos de fls. 629/643, vol. 075, 1º.

Ao Departamento Nacional de Registro do Comércio, solicitou o DNPDE fosse informada a composição acionária das empresas investigadas (fls. 561, vol. 075, 1º), o que foi feito às fls. 646/650, vol. 075, 1º, fls. 386/391, vol. 074, fls. 215,216 e 218/222, vol. 099, fls. 314/323, vol. 073, fls. 292/296, vol. 072.

Em 03 de abril de 1991, o DNPDE solicitou à Fundação Oswaldo Cruz, ao Instituto Butantã, ao Instituto de Tecnologia do Paraná e ao Laboratório Químico Farmacêutico do Exército documentos relativos à participação das empresas indiciadas nas licitações nº 038/90-SL, nº 003/91, nº 05/91-SM e nº 005/91, respectivamente (fls. 663/664, vol. 075, 1º e fls. 667/668, vol. 075, 2º). As respostas encontram-se às fls. 680/707 e 736, vol. 075, 2º, fls. 118/139 e fls.152/156, vol. 099, fls. 197/223, vol. 072, fls. 242/266, vol. 073 e fls. 308/328 e 331/338, vol. 074.

Em 04 de abril de 1991, elaborou-se Nota Técnica (fls. 669 e 670, vol. 075, 2º; fls. 109 e 110, vol. 099; fls. 188 e 189, vol. 072, fls. 233 e 234, vol. 073 e fls 299 e 300, vol. 074) que, à vista dos documentos analisados, concluiu pela existência de combinação entre as empresas indiciadas, passível de enquadramento no art. 2º, inciso V, alínea b, da Lei nº 4.137/62.

De acordo com a Nota Técnica em questão, o Sr. Diretor do DNPDE determinou a instauração do processo administrativo e a notificação das indiciadas para, no prazo de quinze dias, apresentarem defesa prévia e requerem provas (fls. 673, vol. 075, 2º, fls. 111, vol. 099, fls. 190, 072, fls. 235, vol. 073 e fls.301, vol. 074).

A fls. 678, vol. 075, 2º, tem-se conta da publicação do despacho acima mencionado, encontrando-se a fls. 676 verso, vol. 075, 2º, a fls. 114 verso, vol. 099, a fls. 194 verso, vol. 07, e a fls. 238 verso, vol. 073 os comprovantes de notificação das indiciadas.

A West, a Rajj e a Marcatto ofereceram defesa prévia que se encontra, respectivamente, às fls. 708/717, vol. 075, 2º, fls. 141/150, vol. 099 e às fls.226/235, vol. 072. Alegam, em síntese, que a denúncia é inepta porque imotivada, não contendo, ainda, a classificação legal do fato tido como delituoso; que a conduta imputada às indiciadas é anterior à Lei nº 8.158, de 08/01/91, contrariando, assim, os princípios da reserva legal e da tipicidade; que a identidade de preços não caracteriza a cartelização, sendo necessários outros elementos para se determinar a existência do cartel; que o fato denunciado ocorreu em época de transformação político-econômica, sendo

difícil às indiciadas adaptarem-se às novas regras de mercado, depois de muito tempo controladas pelo Conselho Interministerial de Preços - CIP, controle este que foi retomado após a ocorrência dos fatos imputados às defendentes; que a edição da Medida Provisória nº 295, convertida na Lei nº 8.178/91, congelando todos os preços, foi a demonstração de que o Estado reconheceu os preços praticados pela suplicada, legitimando-os em razão do princípio abolitio criminis. Negam que tenham participado de qualquer acordo com concorrentes, requerendo, afinal, a improcedência da denúncia.

A Soares apresentou a defesa às fls. 258/259, vol. 073, retirando as explicações oferecidas em reunião realizada na SNDE, em 16 de outubro de 1990. Afirma que os preços dos lacres de alumínio eram controlados pelo CIP até março de 1990 e que, após a extinção do Órgão, os fabricantes do produto passaram a seguir os preços da líder do setor, a West., os quais lhe eram informados pelos diversos clientes, tão logo seus próprios preços suplantavam os da concorrente. Alega, ademais, que seus preços de venda para as empresas públicas eram idênticos àqueles cotados para os clientes particulares, em sua maioria, multinacionais da área farmacêutica, cujo poder de barganha lhe impedia de impor condições.

Argumenta a defendente que, sendo empresa de pequeno porte e com apenas dois anos de atividade, foi obrigada a acompanhar os preços das concorrentes para sobreviver num mercado pequeno e muito disputado. Afirma que sempre praticou preços iguais, tanto em relação aos clientes privados, quanto nas concorrências públicas. Aduz que, após a reunião na SNDE, vem praticando preços próprios, os quais têm como referência tabela congelada em 21/01/91.

Às fls. 718/733, vol. 075, 2º, fls. 157/172, vol. 099, fls. 239/254, vol. 072, fls.267/282, fls. 267/282, vol. 073 e fls 340/355, vol. 074, encontra-se o parecer técnico de DNPDE, elaborado em 13 de junho de 1991 que, após o relatório dos fatos, apresenta a análise das informações econômicas trazidas ao processo, concluindo que: as propostas oferecidas pelas indiciadas demonstram preço, prazos de entrega e quantidades idênticas; que, nos três primeiros meses de 1990 as empresas mantinham políticas próprias de preços, apesar de registradas no CIP, tendo passado a adotar preços idênticos somente a partir de junho daquele ano; que as taxas de juros praticadas pelas empresas têm o mesmo percentual; que a liberação de preços pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, em 03/05/90, e a participação da licitação da FURP, em agosto do mesmo ano, onde foram apresentadas propostas idênticas, levam a crer que as indiciadas combinaram previamente os preços cotados; que, em licitações posteriores, as mesmas empresas cotaram preços diferenciados; que o argumento das indiciadas de que seguiam o preço cotado pela líder não procede pois, sendo a West a empresa líder, seus preços

deveriam ser mais baixos, e não os maiores, conforme se verificou. Conclui pela existência de prática combinada de preços no período compreendido entre junho e setembro de 1990, constatada na licitação nº 009/90 da FURP, concorrência nº 74/90 do Instituto Butantã e em licitações da Fundação Oswaldo Cruz, sugerindo apreciação jurídica sobre as preliminares suscitadas.

Às fls. 737/ 745, vol. 075, 2º, fls. 178/186, vol. 099, fls. 255/263, vol. 072, fls. 283/291, vol. 073 e fls. 356/364, vol. 074, encontra-se o parecer jurídico do DNPDE, datado de 12 de novembro de 1991, concluindo pela existência de combinação de preço entre as empresas indiciadas, no período de junho a setembro de 1990. A tese sustentada se fundamenta no fato de que a empresa Rajj teria sofrido pressão do grupo para praticar preços idênticos, conduta reprimível na forma do art. 2º, inciso V, alínea b, da Lei nº 4.137/62. Refuta a alegação de inépcia da denúncia, bem como o argumento das defendentes em relação ao princípio da reserva legal e da tipicidade da conduta, afirmando que a Lei nº 8.158/91 foi utilizada apenas para a instauração do processo administrativo, estando a conduta abusiva imputada às indiciadas, prevista na Lei nº 4.137/62. Quanto à existência da prática concertada para a participação nas licitações públicas, conclui o parecer, louvando-se nos argumentos técnicos oferecidos às fls. 718/733, vol. 075, 2º, que a simples cotação de preços idênticos é suficiente para a configuração da conduta tipificada na citada lei.

O Diretor do DNPDE, acolhendo os relatórios técnico e jurídico que concluíram pela existência da prática abusiva, expediu notificação às indiciadas, encaminhando-lhes os mencionados relatórios, para que apresentassem defesa (fls. 746, vol. 075, 2º, fls. 187/190, vol. 099 e fls 264, vol. 072).

Em 11 de dezembro de 1991, solicitou o DNPDE à Secretaria Nacional de Economia informações sobre a participação percentual de cada empresa indiciada no mercado de fechamentos de borracha e selos de alumínio para medicamentos, o grau de concentração respectivo, a análise da política de preços adotada pelas empresas em questão antes, durante e depois do fato que ensejou a instauração do processo, bem como o grau de dependência do setor farmacêutico em relação ao segmento em que atuam as indiciadas, vindo aos autos o parecer técnico de fls. 800/815, vol. 075, 2º.

Notificadas a West, a Rajj e a Marcatto ofereceram defesa em 26/12/91, que se encontra às fls. 752/759, vol. 075, 2º, fls.193/200, vol. 099 e fls. 270/277, vol. 072 respectivamente. Afirmam ser inepta a denúncia feita com base na Lei nº8.158/91, ao fundamento de que esse diploma só se aplica aos ilícitos nele previstos. Daí porque não obedecidos, segundo as defendentes, os princípios da reserva legal e de tipicidade. Alegam, ainda, ofensa o princípio da ampla defesa, por não terem podido produzir as provas

testemunhais, mediante depoimento de seus representantes legais. Sustentam, por outro lado, a nulidade do procedimento de oitiva do representante da West, porquanto o depoimento ali colhido não fora contraditado pela defesa. No mérito, reiteram os termos da defesa prévia, insistindo em que não houve combinação prévia de preços e nem concorrência desleal. Afirmam que a combinação prévia de preços não poderia importar em concorrência desleal, porquanto levaria, certamente, uma ou outra participante a vencer a licitação.

Em 30 de dezembro de 1991, a Soares apresentou defesa, que se encontra às fls. 298 e 299, vol. 073. Reitera os termos da memória de reunião do dia 16/10/90, bem como os da defesa prévia. Nega qualquer combinação, afirmando que apenas seguiu os preços de tabela da empresa líder - a West - amplamente conhecida no mercado.

Em 18 de fevereiro de 1992, o DNPDE convocou os representantes legais das defendentes para prestarem depoimento (fls. 788, vol.075, 2º, fls. 201, vol. 099, fls. 278, vol. 072, fls. 201, vol. 073, fls. 372, vol. 074), que foi tomado aos 26 de fevereiro de 1991, conforme se verifica às fls. 762/773, vol. 075.2º.

No parecer da Secretaria Nacional de Economia vieram informações sobre as empresas produtoras de lacre de alumínio, seu grau de concentração e a variação de preços apurados nos períodos compreendidos entre 14/01/89 e 28/02/90.

Às fls 816/841, vol. 075, 2º, encontra-se novo relatório do DNPDE, repetindo os mesmos fatos, dados e análise econômico-jurídica do relatório de fls. 718/745, vol. 075, 2º, prosseguindo, no entanto com a narração dos fatos e análises dos documentos que se seguiram à defesa das indiciadas e propondo encaminhamento do relatório às defendentes, nos termos do art. 6º, alínea b, da Lei nº 8.158/91.

Notificadas para a defesa final, a West, a Rajj e a Marcatto reiteraram os termos da defesa anteriormente apresentada, pedindo, afinal, a improcedência do processo administrativo (fls.844, vol. 075, 2º, fls. 271, vol. 099, fls344, vol. 072).

A Soares, na defesa final, reitera os argumentos anteriores, aduzindo que o preço coincidente era fato possível e normal, previsto na licitação, tanto que se podia utilizar outros critérios para o desempate.

Notificada, a Farmacap ofereceu defesa final, que se encontra às fls. 439/441, vol. 074. Afirmam que, em momento algum, houve acordo tácito ou expresso, por parte das empresas indiciadas, justificando a identidade de seus preços com os de seus concorrentes pelo fato de ser uma empresa nova e sem condições de estabelecer preços próprios para sobreviver em mercado tão restrito. Sustenta que o acompanhamento dos preços de concorrentes é técnica de venda e não crime de abuso do poder econômico.

O Relatório Final encontra-se às fls. 844/870, vol. 075, 2º, repisando os argumentos anteriores e sugerindo o encaminhamento do processo do CADE, na forma do art. 7º da Lei nº 8.158/91.

Às fls.877, vol. 075, 2º encontra-se a publicação do despacho do Sr. Diretor do DNPDE, pelo encaminhamento do processo ao CADE, o que foi feito pelo sr. secretário da SNDE, às fls 878, vol. 075, 2º.

Deu-se ciência do processo ao Ministério Público Federal, encaminhando-se-lhe cópias dos autos (fls.879, vol. 075, 2º).

Veio a mim distribuído o processo em 21 de maio de 1992, tendo eu solicitado o parecer do Procurador do CADE em 16 de junho.

Às fls. 883/900, vol. 075, 2º, manifestou-se o ilustre Procurador Paulo Gustavo Gonet Branco, opinando pelo arquivamento do processo.

Solicitei ao Sr. Presidente do CADE que oficiasse ao Superintendente da FURP para que remetesse cópia do edital da Concorrência nº 009/90, vindo aos autos o documento de fls. 907/920, vol. 075, 2º.

É o relatório.

Neide Teresinha Malard

VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA

I

1- West Comércio e Indústria Ltda., Rajj Comércio e Indústria de Tampas Metálicas Ltda. e Metalúrgica Marcatto Ltda. arguem inépcia da denúncia à falta de descrição do fato delituoso, em todas as suas circunstâncias, e a respectiva classificação legal. Rejeito a preliminar e o faço com fundamento nas razões expedidas pelo ilustre Procurador do CADE, no parecer de fls. 883/900, vol. 075, 2º, verbis:

"A acusação do processo administrativo, deve ser formulada de modo a possibilitar ao defendente o conhecimento do que lhe é atribuído, permitindo-lhe argumentar em prol dos seus interesses com eficiência. Esse registro está satisfeito nos autos. Tanto isso é verdade que as empresas apresentaram circunstanciada defesa, abrangente de todos os aspectos da conduta que foi tida como ilegítima pela Secretaria Nacional de Direito Econômico. Não sofreram prejuízo algum, à conta do

modo como foram descritos os fatos relevantes nestes autos. As empresas puderam bem se defender. Foi-lhes enviada nota técnica, onde se narra, com precisão, o comportamento tido como ilícito. A nota técnica se refere à licitação em que ocorreu o problema e aponta a identidade de preços apresentados nas propostas dos concorrentes como indício da prática de combinação entre empresas, em prejuízo da concorrência pública. Na nota tipificou-se a conduta no art. 2º, V, "b", da Lei nº 4.137/62. Bem se vê, dessarte, que não procede a censura."

2- Improcede, ainda, a argüição das defendentes de que o procedimento previsto na Lei nº 8.158/91 não poderia ser aplicado à espécie, de vez que o diploma em questão entrou em vigor posteriormente à ocorrência dos fatos.

O referido texto legal alterou a sistemática de apuração das infrações contra a ordem econômica, revogando, nesse tocante, os dispositivos disciplinadores do processo administrativo junto ao CADE. Trata-se de norma de processo administrativo e, como tal, obedece ao princípio da aplicação imediata, que não se confunde com a retroatividade.

Ensina Frederico Marques que "para os processos findos e para os que ainda não se iniciaram, não há propriamente problemas de direito intertemporal: os primeiros são intangíveis, e regulados pela norma legal revogada; os segundos caem plenamente sob o domínio normativo da lei nova."

Diversa não é a lição de Carlos Maximiliano, quando afirma:

"Disposições concernentes à jurisdição e competência aplicam-se imediatamente, regem o processo e julgamento de fatos anteriores à sua promulgação."

Assim, modificada a estrutura organizacional dos órgãos da Administração Federal encarregados da apuração das práticas abusivas do poder econômico, os processos em curso e aqueles ainda por serem iniciados passam, de imediato, às autoridades da nova organização, respeitados, todavia, os atos praticados sob a lei anterior que, in casu, inexistem.

Correto, pois, o procedimento apuratório instaurado à SNDE, à qual foi atribuída competência legal para tanto, substituindo o CADE nesse tocante.

3- Também não tem razão as defendentes quando afirmam que a conduta ilícita cuja prática lhes é atribuída não tem tipicidade legal. As indiciadas foram acusadas de terem praticado a conduta prevista no art. 2º, inciso V, alínea b, da Lei nº 4.137/62, dispositivo de vigência indiscutível à época dos fatos objeto do processo, expressamente consignada no art. 23 da Lei nº 8.158/91. Não há falar, portanto, em desrespeito ao princípio da reserva legal.

II

1- As indiciadas são acusadas de terem praticado a conduta abusiva prevista no art. 2º, inciso V, alínea b, da Lei nº 4.137/62, verbis:

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

V- Exercer concorrência desleal, por meio de:

a).....

b) combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa.

Teriam, então, as indiciadas exercido de concorrência desleal, mediante prévia combinação de preços em concorrência pública.

A conduta abusiva tipificada em lei é o exercício da concorrência desleal, por meio de combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens em concorrência pública. A combinação prévia de preços constitui o instrumento a ser utilizado pelo agente na prática desleal.

2- Preliminarmente à caracterização do fato e seu enquadramento como prática abusiva, torna-se necessário fixar o sentido da expressão concorrência desleal.

A expressão concorrência desleal possui, no direito industrial e no direito penal brasileiros, sentido unívoco, significando atos e práticas concorrenciais desonestas vis a vis um ou mais concorrentes. Seria esse o sentido atribuído à expressão inserida em norma de direito público reguladora da defesa da concorrência?

O vocábulo "concorrência", tanto na linguagem vulgar quanto na técnica, representa um fenômeno econômico resultante da mudança do regime corporativo para o regime de liberdade da atividade econômica. Sob o aspecto jurídico, a concorrência apresenta-se de um lado, como instrumento de produção à liberdade de mercado e, de outro, como mecanismo de defesa da lealdade que deve prevalecer entre concorrentes, assegurando o "fair play" nas relações entre empresas e empresários, não só em benefício destes, como também do mercado onde atuam as forças produtivas.

Enquanto a livre concorrência se identifica com a liberdade de atuação das forças no mercado, a concorrência desleal aparece como um limite àquela atuação. A livre concorrência não significa concorrência sem limites. O Estado Moderno não mais se deixa conduzir pela "mão invisível", assegurando proteção àqueles que se dedicam legalmente à atividade produtiva, contra a ação inescrupulosa de fraudadores, e criando mecanismos de repressão às práticas abusivas que objetivam o domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e a fruição de lucros arbitrários. Essa a razão de ser das normas repressoras da concorrência desleal e das leis de repressão ao abuso do poder econômico e à restrição da concorrência.

3- Entre nós, a repressão às práticas desleais da concorrência iniciou-se em 1933, com a edição do Decreto nº 22.989, de 26 de junho, em harmonia com os princípios adotados pela Convenção da União de Paris, de que é signatário o Brasil. No conceito convencional, concorrência desleal é "todo ato contrário às práticas honestas em matéria industrial e comercial"(art. 10). As normas de defesa da livre concorrência só foram introduzidas no direito positivo pátrio em 1962, quando entrou em vigor a Lei nº 4.137, muito embora a Constituição de 1946, em disposição programática, já determinasse a repressão às condutas abusivas que visassem o domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros.

Quando foi votado, no Congresso Nacional, o projeto-de-lei que se transformaria na Lei nº 4.137/62, a expressão "concorrência desleal", que há muito figurava em normas de direito penal e de direito industrial, já havia se consolidado, na doutrina e na jurisprudência pátrias, com o sentido técnico que lhe fora atribuído em nosso direito positivo, qual seja, o de prática desonesta entre concorrentes. É do próprio Agamemnon Magalhães, autor do projeto original da primeira lei concorrencial no Brasil, esse entendimento, quando afirma:

"Os "trusts" e cartéis internacionais dominam as iniciativas industriais, fundado em nosso país e em outras indústrias que se articulam e se combinam, eliminando pelos métodos da concorrência desleal, o "dumping" e outros processos, as empresas mais fracas, ou limitando a produção das fábricas, pela divisão de cotas e de mercados."

Indiscrepante é o entendimento doutrinário nesse sentido. João da Gama Cerqueira, nosso mais festejado autor no campo da propriedade industrial, assim fala sobre o assunto:

"Sob a denominação genérica de concorrência desleal costumam os autores reunir uma grande variedade de atos contrários às boas normas da concorrência comercial, praticados, geralmente, com o intuito de desviar, de modo

direto ou indireto, em proveito do agente, a clientela de um ou mais concorrentes, e susceptíveis de lhes causar prejuízos. Deve-se observar que esses atos são igualmente condenáveis quando praticados pelo comerciante ou industrial para conservar e defender a sua clientela, em face de outros competidores que lha disputem por meios leais ou desleais."

Vale à pena transcrever a opinião de Clovis Costa Rodrigues, ilustre membro da Comissão do Código da Propriedade Industrial de 1945, em sua obra "Concorrência Desleal":

"... quando a concorrência se processa mediante a aplicação de métodos condenáveis, por indivíduos inescrupulosos, usando a má fé, da fraude e da hipocrisia, na única intenção de atrair a clientela alheia para o seu estabelecimento desonesto ou para a sua mercadoria falsificada, ter-se-á presente, na sua forma genuinamente característica - a concorrência desleal."

Vasto é o repertório jurisprudencial demonstrando o sentido unívoco da expressão "concorrência desleal", como prática desonesta vis a vis concorrente, bastando transcrever o acórdão do Supremo Tribunal Federal, no BE nº 109.478-BS, de 30.09.86, in BTJ - 120/1.298-1.305, verbis:

Provoca confusão e caracteriza concorrência desleal o uso patronímico contido em nome comercial por sócio dissidente em nova firma que, de alguma forma, concorra com a anterior, mesmo que o sócio dissidente tenha o mesmo apelido de família e o utilize como um todo, pois a prioridade do uso cria privilégio. A proteção da Lei de Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada, no tocante a nome comercial, não pode violar a legislação que pune a concorrência desleal."

Diante da univocidade de sentido atribuído à expressão "concorrência desleal" em nosso direito positivo, sustentada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, é de se presumir que o legislador tenha utilizado aquela expressão com o mesmo sentido técnico que lhe fora conferido no sistema jurídico. Ademais, tratando-se, como é o caso, de norma de direito público, que descreve conduta infratora da ordem econômica, não poderia ser a expressão tomada em sentido diverso daquele figurante no sistema, a não ser que a lei o fizesse expressamente. Não seria correto, por outro lado, atribuir o intérprete a um conceito jurídico primário, como é a

"concorrência desleal", pertencente à linguagem jurídica, sentido diverso não determinado em lei.

Trata-se, repita-se, de norma definidora de delito, não se admitindo a sua ampliação além do sentido literal possível, com o objetivo de viabilizar o enquadramento de condutas que não estejam claramente tipificadas em lei.

As normas contidas na Lei nº 4.137/62, conforme já firmado por remansosa jurisprudência do CADE e de nossas Cortes, são de natureza penal-econômica e, como tal, devem ser interpretadas restritivamente.

4- Há formas de concorrência desleal que prejudicam o mercado, causando embaraços à livre concorrência. Essas, sobre serem passíveis de coerção no âmbito do direito privado, serão, ainda, reprimidas pelo Estado por constituírem formas de abuso do poder econômico, lesivas, portanto, ao bem comum. Outras formas de concorrência desleal, porém, apesar de constituírem práticas comerciais ou industriais desonestas, não são restritivas da concorrência e nem constituem abuso do poder econômico, passando ao largo interesse público. Refiro-me, entre outras, a atos que afetam a clientela do concorrente, confundindo estabelecimentos ou produtos; à venda ou fabricação de produtos de outrem, sem a devida permissão; bem como a quaisquer atos atinjam o concorrente, causando-lhe prejuízos, mas que não influem na atuação livres das forças do mercado.

São de imensurável amplitude as formas desleais de concorrência, tendo a Lei nº 4.137/62, em sistema limitativo, adotado apenas duas hipóteses: exigência de exclusividade para propaganda publicitária e combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública (art. 2º, V, a e b). Essas práticas desleais, sem dúvida, prejudicam a livre concorrência: a primeira, exigindo a exclusividade; a segunda, lesando concorrentes na licitação. Se outros métodos de concorrência desleal se tornarem relevantes para a defesa de concorrência, estes deverão ser transformados em lei, por proposta do Executivo. É o que dispõe o art. 21, alínea b, da Lei nº 4.137/62.

No âmbito do direito de defesa da concorrência, apenas essas duas práticas desleais mereceram a atenção do legislador, sendo as demais reprimíveis apenas na esfera do direito comum. O impacto das compras governamentais no mercado de certos bens e serviços não escapou à percepção do legislador. Na verdade, a sazonalidade das aquisições promovidas pelo Estado exerce uma pressão momentânea no mercado, podendo influir nos preços dos bens e serviços licitados, criando um terreno fértil para o conluio entre licitantes, com o propósito de eliminar concorrentes. Assim, a combinação prévia de preços, sejam eles idênticos, artificialmente baixos ou até heterogêneos, não para enganar o órgão público licitante, mas sim para afastar concorrente, constituiria conduta abusiva, de vez que configurado estaria o exercício da concorrência desleal.

III

1- Fixado o sentido da expressão "concorrência desleal", o de prática concorrencial desonesta, exercida por uma ou mais concorrentes em relação às demais, cabe indagar se a conduta imputada às indiciadas - combinar preços em licitação pública - constitui exercício de concorrência desleal.

Os fatos noticiados nos autos dão conta de que as indiciadas participaram de licitações públicas, no mês de agosto de 1990, tendo cotado preços idênticos. Foram juntados documentos que comprovam terem sido idênticas as propostas. O Relatório Final extrai da "Memória de Reunião" de fls. 31, vol. 099 a afirmação de que a empresa Rajj teria sido pressionada pelas empresas fabricantes de fechamentos de borracha e lacres de alumínio para medicamentos a praticar preços idênticos. Seria essa prática desleal que as indiciadas teriam levado a efeito contra a concorrente Rajj? Parece-me que não, pois o DNPDE a acusa de ter praticado concorrência desleal juntamente com as demais.

Qual, então, seria a concorrente vítima da prática desleal?

Não há nos autos qualquer informação a esse respeito, até porque nenhuma das concorrentes nem qualquer outra empresa que não tenha participado das licitações em questão se apresentou como alvo da prática desleal de concorrência, nem se tem notícia de qualquer delas tenha sido eliminada do processo.

2- O enquadramento da conduta das indiciadas no inciso V, alínea b, do art. 2º da Lei nº 4.137/62 baseia-se em alegada combinação de preços contrária nos interesses da Administração, e não em prática desleal vis a vis concorrentes do processo licitatório. O fato, pois, não se subsume à norma. Não é essa, como já se viu, a figura delituosa em sua inteireza, porquanto a alínea não pode ser lida separadamente do inciso. Exige-se para a caracterização do ilícito constitua a combinação de preços prática desleal de concorrência, a qual, repita-se, só pode ocorrer em relação a concorrente, qualidade que, evidentemente, não tem a Administração Pública. Ressalte-se, a propósito, que a afirmação da Rajj de que teria sofrido pressões para praticar preços idênticos, não só foi desprezada pelo DNPDE, que não conduziu o processo para a apuração de concorrência desleal, como também foi contrariada pela própria acusada na assentada de fls. 766, vol. 075, 2º, quando afirmou que apenas seguia os preços da empresa líder, sem qualquer pressão de concorrentes.

Nenhuma outra indiciada apontou prática desleal da parte de concorrente, tendo o DNPDE se orientado tão só para a apuração da conduta instrumental da alínea, sem vinculá-la ao disposto no inciso.

3- A inexistência de concorrência desleal vis a vis concorrentes, não há como enquadrar a suposta combinação de preços praticada pelas indiciadas no art. 2º, inciso V, alínea b, da Lei nº 4.137/62, conduta que não constitui forma de abuso do poder econômico. De se ressaltar que, na ocasião que foi praticada a alegada combinação, ainda não havia entrado em vigor a Lei nº 8.158/91, que adotou o sistema exemplificativo de práticas abusivas contra a ordem econômica, possibilitando a repressão de qualquer conduta que tenha por objetivo ou produza o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados.

IV

1- Ainda que se admitisse tratar-se do ilícito previsto no caput do inciso V, do art. 2º da Lei nº 4.137/62, cabe indagar se foi realmente praticada a conduta instrumental referida na alínea b, Houve combinação da preços ou o que ocorreu foi o fenômeno econômico conhecido como liderança de preço, conforme alegado pelas defendentes?

2- De acordo com a teoria econômica, a coincidência de preços entre as empresas de certo mercado pode decorrer de prática comercial normal, sem que haja combinação prévia. Essa prática, comum em setores oligopolizados, decorre das próprias condições do mercado, sendo referida na literatura especializada como liderança de preço, que consiste especificamente, na formação de preço da empresa líder, qual é seguido pelas demais.

O fenômeno se justifica pela interdependência entre as empresas, em relação às respectivas vendas. Em geral uma delas é suficientemente grande e controla tal fatia do mercado, que sua ação individual é capaz de afetar as vendas das concorrentes. Assim, a expansão, ainda que moderada, na produção de uma das empresas pode reduzir as vendas das rivais de forma considerável. Quanto maior o grau de homogeneidade dos produtos, maior interdependência.

Essa interdependência, talvez a principal característica dos oligopólios, indispensável à compreensão do comportamento dos mercados em que atuam, faz com que cada uma das empresas leve em conta as possíveis reações de suas concorrentes ao decidir sobre seu próprio comportamento.

Segundo Dorfman, sempre que o oligopolista altera seu preço, modifica seu produto, ou adota qualquer providência que influencia os

concorrentes, essa manobra é percebida pelos demais concorrentes e o impacto respectivo é sentido no mercado. E o mesmo autor a assertiva de que "os lucros de um oligopolista dependem não somente do que ele faz, mas também do que faz cada um dos seus concorrentes e vice-versa".

O mesmo já não ocorre no mercado de concorrência perfeita, onde inexistente a interdependência e a decisão isolada de uma empresa é incapaz de provocar qualquer efeito sobre as demais, devido ao elevado número de participantes e à parcela insignificante das vendas de cada uma.

3- Em razão dessa interdependência, cada empresa percebe a demanda por seu produto com elevado grau de incerteza, pois depende da ação das rivais. Assim, hesita em alterar seu preço com receio das reações que sua prática possa desencadear nas concorrentes. Resiste fortemente à redução do preço, mesmo quando as condições da demanda indicam que estes devam ser rebaixados, preferindo, ao invés, usar descontos, publicidade, diferenciação de produto. Teme, sobretudo, a guerra de preços que possa ser desencadeada.

Essas condicionantes do mercado oligopolizado conduzem suas integrantes a certa disposição em cooperar tacitamente com as rivais. Com o decorrer tempo, estabelece-se um padrão de comportamento, fruto de observação mútua, que é adotado pelas empresas integrantes desse mercado, mediante estratégias comuns de formação de preços. Esse padrão, uma vez estabelecido, tende a se repetir, com forte resistência a mudanças.

4- Um desses padrões de comportamento é a liderança de preço, que exige para sua ocorrência algumas condições: a coexistência de um número reduzido de pequenas empresas com uma ou mais grandes empresas; produto geralmente homogêneo e existência de uma empresa capaz de fazer prevalecer seu preço, seja em função de menor custo ou por dominar fatia considerável do mercado. A pátria reflete certa conduta de respeito pela parcela de mercado da rival e pela continuidade dos padrões de preços e de concorrência existentes.

A liderança de preços não importa, necessariamente, em preços idênticos, o que ocorre apenas em oligopólios cujos preços são transparentes e os produtos homogêneos, caso em que o preço de venda tende a se tornar idêntico ao da líder. Havendo alguma diferenciação de produto, o preço poderá variar entre os concorrentes. Neste caso, o percentual de reajuste tende a ser o mesmo, mantendo-se os preços alinhados com o da líder. A transparência dos preços oligopólio constitui fator imprescindível para que a liderança se estabeleça.

5- A líder de preços pode ser a empresa de menor custo que, por tolerar preços menores, tem condições de fazer prevalecer o seu, o qual é seguido pelas demais concorrentes. A estas resta a opção de aderir ao preço da

líder ou correr o risco de perder sua fatia no mercado. A aceitação do preço da líder constitui, pois, estratégia de mercado para as empresas que conseguem produzir àquele preço.

Pode também a liderança de preços ser exercida pela empresa dominante no mercado, caso em que seu preço será compatível com a maximização de seu lucro. As empresas menores o seguirão, em parte, porque satisfeitas com o lucro decorrente e, em parte, pelo receio de ser praticado pela líder preço ainda menor do que o seu. Por outro lado, seria inviável a prática de preços superiores aos da líder, o que importaria queda imediata nas vendas. A liderança de preço nesse caso previne a guerra de preço. A propósito, observa Robert Awh, baseados em estudos realizados nos Estados Unidos na década de cinquenta, que "a liderança de preço em indústria de larga escala desenvolveu-se a partir da experiência anterior de guerra de preços e das flutuações violentas de preços e lucros dela decorrentes".

A literatura cita, ainda, a líder de preço barométrica, aquela que toma a iniciativa de alteração de preços quando ocorrem mudanças que afetam substancialmente as condições de oferta e demanda no mercado. As demais empresas seguem seus preços porque acreditam que a empresa barômetro é capaz de interpretar mais corretamente as variações do mercado e indicar os preços adequados à nova conjuntura.

6- A liderança de preço é uma conduta típica do mercado oligopolizado. O comportamento da líder é observado pelas demais empresas do setor e por elas deliberadamente seguido. Não se estabelece por intimidações ou mediante combinação, mas sim pela busca espontânea de um padrão de comportamento que conduza à estabilidade no mercado.

Pode-se, pois, afirmar que a identidade de preços em um mercado oligopolizado decorre, com frequência, de prática comercial normal e, muitas vezes, previne concorrência predatória que conduz à eliminação de concorrentes, aumentando a concentração.

7- A liderança de preço é bastante comum na indústria, sendo observada em todos os tipos de oligopólios. Desde que não se verifique a existência de conluio, a prática é tida como legal nos Estados Unidos. Entre nós, a inexistência de combinação prévia também afastaria a ilicitude da conduta.

Observe-se que não é o poder econômico que se pune, mas sim sua expressão abusiva.

1- O mercado dos fabricantes de tampas de borracha e lacres de alumínio para medicamentos tem as características de um oligopólio. O número de concorrentes é pequeno e o grau de concentração expressivo.

De acordo com a tabela constante do parecer da Secretaria Nacional de Economia - SNE, que leva em consideração o volume de vendas do produto no ano de 1989 (fls. 801, vol. 075, 2º), o mercado de lacres de alumínio era composto das cinco empresas indiciadas neste processo administrativo: West do Brasil Comércio e Indústria Ltda., com participação de 34,39%; Soares Indústria e Comércio Ltda., com 24,45% do mercado; Metalúrgica Marcatto Ltda., com participação de 20,26%; Rajj Comércio e Indústria de Tampas Metálicas Ltda., cuja participação é de 18,87%; e Farmacap Indústria e Comércio Ltda., com a menor participação, ou seja, 2,04%.

Não há informações nos autos sobre a composição do segmento de fechamentos de borracha.

A West, a Soares e a Farmacap produzem tanto as tampas quanto os lacres, enquanto que as demais empresas produzem apenas lacres de alumínio.

2- A West é uma empresa associada à The West Company Inc., multinacional com sede nos Estados Unidos, que detém 99,9% do controle acionário da subsidiária brasileira. Sediada no município de Diadema, São Paulo, a West é a maior empresa do setor, com um faturamento mensal de Cr\$ 140 milhões de cruzeiros, em outubro de 1990, correspondentes a quase US\$ 1,5 milhão de dólares. A produção de tampas de borracha é o segmento mais importante da empresa, responsável por 75% a 80% do faturamento, enquanto que a produção de lacres de alumínio participa com apenas 10% a 15% do valor das vendas (fls. 023, vol. 075, 1º). Possuía, em 30/06/90, 384 empregados, número que caiu para 361, em 31/12/90 (fls. 808, vol. 075, 2º).

A empresa detém a maior fatia do mercado, participando com 34,4% das vendas para o mercado interno do segmento de lacres de alumínio e 60% do mercado de tampas de borracha (fls.801, vol. 075, 2º e fls 23, vol. 075, 1º).

Os principais compradores da West são, em sua maioria, empresas multinacionais do setor farmacêutico (fls. 805, vol. 075, 2º).

A West comercializa diretamente seus produtos com os clientes e conta com um representante no Rio de Janeiro. A empresa vende seus produtos em todo o País, de forma mais concentrada no Rio de Janeiro e em São Paulo, onde estão sediados os maiores laboratórios (fls. 023, vol. 075, 1º).

3- A Soares tem sede no Rio de Janeiro, possuindo filial em São Paulo. Pertence a três acionistas, com igual participação. Segunda empresa no setor em número de empregados, informou, em outubro de 1990, um faturamento de, aproximadamente, Cr\$ 40 milhões de cruzeiros por mês,

equivalentes a US\$ 425 mil dólares, que representa cerca de 30% do faturamento da maior empresa - a West (fls. 26, vol. 073).

Emprega a Soares cerca de 210 pessoas e tem capacidade produtiva para 12 milhões de selos de alumínio e igual volume de fechamento de borracha. Sua produção, em outubro de 1990, indica que operava à plena capacidade no segmento de fechamentos de borracha, mas com capacidade ociosa de 50% no segmento de lacres de alumínio (fls. 26, vol. 073).

Sua clientela inclui os grandes laboratórios farmacêuticos multinacionais bem como os laboratórios estatais, sendo seus produtos comercializados em todo o território nacional, sem intermediação de terceiros. Suas atividades se concentram no Rio de Janeiro e em São Paulo.

4- A Marcatto, com sede em Guarulhos, São Paulo, fabrica selos de alumínio e tampas plásticas para as indústrias química e farmacêutica. O capital da empresa está dividido entre três sócios com participações distintas (fls. 25, vol. 072).

De acordo com a informação prestada pela Empresa, em 16/10/90, seu faturamento médio era de Cr\$ 17 milhões de cruzeiro mensais, equivalentes a US\$ 180 mil dólares e que correspondem a cerca de 12% do faturamento da West. Trata-se de empresa de pequeno porte, com 60 empregados e uma produção de 20 milhões de lacres de alumínio ao mês (fls.25, vol. 072).

A exemplo das demais empresas, comercializa seus produtos em todo o País, notadamente em São Paulo. Sua clientela inclui tanto os laboratórios privados como entidades públicas.

5- A Rajj, empresa sediada em São Paulo, fabrica apenas selos de alumínio. É uma empresa pequena, com 31 empregados e, de acordo com as informações prestadas em outubro de 1990, seu faturamento era de, aproximadamente, Cr\$ 15 milhões de cruzeiros mensais (fls. 31, vol. 099), equivalentes a US\$ 161 mil dólares, valor que representa cerca de 11% do faturamento de West.

Fornecem matéria prima para a Rajj a ALCOA e, em menor escala a CBA, ambas fabricantes de alumínio.

Devido a concentração de sua linha de produção em um só produto, a Rajj tem procurado participar de licitações públicas de forma associada à empresa AP Borracha, recém-ingressa no mercado de fabricação de fechamentos de borracha para medicamentos (fls. 31, vol. 099).

6- A Farmacap, com sede em Itapeperica da Serra, São Paulo, pertence a três sócios com participações diferenciadas, dois dos quais foram gerentes da West. É a mais nova empresa no mercado, tendo iniciado suas atividades em julho de 1989 (fls. 24A, vol. 074). Produz tanto fechamentos de

borracha quanto lacres de alumínio. Seu faturamento mensal, conforme informações prestadas em outubro de 1990, era de Cr\$ 46 milhões de cruzeiros, equivalentes a US\$ 489 mil dólares, que correspondem a 30% do faturamento da West. As vendas de tampas de borracha representam 88% da receita bruta da empresa (fls. 24A, vol. 074). Possui cem empregados e comercializa sua produção em todo o País.

Sua produção média em 1990 era de sete milhões de selos ao mês e de oito milhões de fechamentos de borracha, apresentando ociosidade de 15% e 5%, respectivamente (fls. 31, vol. 074).

7- Os dados representados indicam comporem as empresas indiciadas oligopólio formado por uma empresa grande e quatro pequenas. A produção do setor é constituída de produtos homogêneos, característica que conduz à prática de aquisição do produto basicamente em função do preço, possibilitado ao comprador a total substituição de fornecedores.

Sendo os lacres de alumínio e os fechamentos de borracha componentes de pouca importância para o processo produtivo do medicamento, seu custo constitui parcela insignificante do custo total do produto final fabricado pelos laboratórios (fls. vol. 075, 2º).

De acordo com o parecer técnico da Secretaria Nacional de Economia, o setor é competitivo. Lê-se: "O mercado, hoje, é concorrente entre si, tendo os clientes flexibilidade nas negociações, e alternância das empresas de quem vão comprar" (fls. 804, vol. 075, 2º).

Não há indícios de distribuição do mercado entre as partícipes, sendo que todas elas atuam em todo o território nacional, concentrando suas atividades no Rio de Janeiro e em São Paulo, disputando, assim, o mercado. Todas as empresas participam de licitações e de vendas ao setor privado. O mercado não é totalmente fechado, tendo a Farmacap nele se estabelecido recentemente e, apesar das dificuldades alegadas (fls. 440. vol. 074), alcançado, em 1990, o segundo lugar no faturamento do setor.

A análise do mercado e dos dados relativos às empresas que o compõem permite a conclusão de que existem as necessárias condições para que a West faça prevalecer seu preço, afirmando-se como líder.

VII

1- A acusação que pesa sobre as indiciadas é a de terem praticado preços idênticos em licitação pública, mediante combinação prévia. A alegação de que os preços da West, na condição de líder, eram seguidos pelas demais empresas foi desconsiderada pelo DNPDE. O argumento central do Departamento é o de que as defendentes mantinham política própria de preço,

tendo praticado preços diferenciados nos três primeiros, esses de 1990. Somente a partir de junho do mesmo ano, segundo o DNPDE, é que as indiciadas teriam mudado esse comportamento, passando a adotar preços idênticos (fls. 854, vol. 075, 2º).

Essa argumentação se baseia na comparação que o DNPDE efetuou, tomando em conta as tabelas de preços fornecidas pelas empresas, relativas aos períodos anterior e posterior à data da licitação da FURP. Ocorre que as tabelas contêm os códigos e especificações próprias de cada uma das empresas, não se sabendo qual a sistemática adotada pelo Departamento ao comparar preços de produtos que poderiam até ser distintos. O próprio relatório reconhece a imperfeição do método adotado. Por outro lado, contrastam com a argumentação do DNPDE, as afirmações contidas no parecer da Secretaria Nacional de Economia, no sentido de que, no período em questão, as indiciadas já praticavam preços idêntico (fls. 803, vol. 075, 2º). Também o SINDIFARMA- Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos do Estado de São Paulo, que congrega os compradores dos produtos fabricados pelas defendentes, dá conta de que os preços por elas praticados eram sempre iguais, ocorrendo reajustes na mesma época e em percentuais idênticos. Informa, ainda, o Sindicato, que problemas de abastecimento dos produtos só ocorriam excepcionalmente, como por exemplo, em época de fornecimentos decorrentes de compras governamentais, ocasião em que os fabricantes solicitam maior prazo para entrega (fls. 028, vol. 075, 1º).

Acresce, ainda, o fato de terem as indiciadas cotado preços idênticos em licitações realizadas pela Fundação Oswaldo Cruz em 1987 e 1988, de que participaram a West e a Soares e, em 1989 e 1990, com participação da Soares e da Rajj, conforme demonstram os documentos de fls. 28, vol. 073.

A identidade dos preços não era, pois, como pretende o DNPDE, prática adotada pelas indiciadas apenas nos meses próximos aos das licitações que ensejaram a instauração deste processo.

2- Segundo as indiciadas, seus preços idênticos nas licitações em questão decorrem da liderança de preços exercida pela West. Por isso, seus preços de venda tanto para o setor público quanto para o privado são os mesmos, inexistindo qualquer combinação nesse sentido.

Afirmam as defendentes que tinham conhecimento dos preços da empresa líder através dos compradores (fls. 764/767, vol. 075, 2º e fls. 258/259, vol. 073), argumento esse confirmado pela própria West, segundo a qual seus clientes detinham a lista de preços por ela praticados, mesmo em época posterior à liberação dos preços (fls. 768, vol. 075, 2º).

Merece crédito esse argumento por serem homogêneos os produtos fabricados pelas indiciadas e oferecidos nas licitações em questão. E a Soares quem declara, às fls.764, vol. 075, 2º, que as pequenas diferenças poderiam

ser detectadas em testes laboratoriais. Também o parecer da SNE (fls. 804, vol. 075, 2º) afirma que os preços dos produtos variavam apenas em função da aquisição de grandes quantidades, podendo-se, assim, concluir não haver diferença significativa de qualidade, o quanto basta para caracterizar a homogeneidade. Pode-se, por outro lado, verificar a existência dessa característica no edital de licitação da FURP, às fls. 907/917, vol. 075, 2º, que exaure as especificações do produto, não deixando às licitantes qualquer escolha quanto às suas características ou qualidade.

3- Tratando-se, portanto, de mercado transparente, onde atua reduzido número de empresas que fabricam produto homogêneo, não se pode descartar tão singelamente como fez o DNPDE a hipótese de liderança de preço. Necessário seria demonstrar que as empresas não incorreram em prática normal de mercado, mas sim em conduta ilegal, abusiva do poder econômico.

Para tanto, o DNPDE aponta para outro indício em favor da tese que sustenta de combinação de preços, qual seja a cobrança de idêntica taxa de juros. Esclareça-se que a taxa de juros em tela refere-se a encargos financeiros sobre o faturamento em trinta dias. Verifica-se do documento de fls. 806, vol. 075, 2º, que a West, mesmo após o término do controle de preços realizado pelo CIP, em maio de 1990, continuava a encaminhar ao Departamento de Abastecimento e Preços-DAP, do Ministério da Economia Fazenda e Planejamento, na forma da Portaria MEF nº 322, de 05/06/90, informações sobre seus preços e taxas financeiras cobradas nas vendas faturadas a prazo. Ora, as taxas como os demais elementos constantes das tabelas que a West encaminhava ao DAP eram de conhecimento público, porquanto informados periodicamente pela própria Empresa e seus computadores, conforme se depreende dos documentos de fls. 189/191, 224/226, 236/238, vol. 075, 1º, que dão conta, inclusive, de que os encargos financeiros acompanhavam, rigorosamente, a média daqueles cobrados por seus fornecedores de matéria prima.

Assim, a taxa de 12% cobrada pelas indiciadas na licitação da FURP era justamente aquela que a West, empresa líder, cobrava de seus compradores, sendo razoável que as seguidoras também adotassem o padrão de comportamento da líder em relação aos juros cobrados nas vendas a prazo.

4- Argumenta, ainda o DNPDE que não só os preços e as taxas de juros eram idênticos, como o resto, os prazos de entrega e as quantidades ofertadas. Ora, os prazos e as quantidades eram previamente estabelecidos pelo órgão licitante, cabendo às proponentes cotar somente o preço, preenchendo os campos de uma proposta padrão, anexa ao edital (item 4. 3. 1, fls. 908, vol. 075, 2º). Algumas propostas até contêm, no rodapé, a expressão "entregas conforme programação de V.Sas."(fls. 12/16, vol. 075, 1º).

Sendo, pois, as quantidades e os prazos de entrega estabelecidos pelo próprio edital, não há falar em combinação das licitantes também nesse particular.

5- Os fatos analisados pelo DNPDE e a documentação trazida aos autos não orientam para a existência de prática conclusiva direcionada a licitação pública. Ao contrário, tudo indica que as indiciadas se conduziam dentro dos padrões normais de um mercado oligopolizado, em que uma das empresas, na condição de líder, determinava o padrão de comportamento que era seguido pelas concorrentes.

O DNPDE rejeita a ocorrência dessa prática, ao fundamento de que a West, sendo a empresa líder, deveria apresentar preços mais baixos, ao invés dos mais altos, conforme apurado pelo Departamento nas tabelas fornecidas pelas indiciadas (fls. 859, vol. 075, 2º). Esse argumento não se sustenta tecnicamente, porquanto a liderança de preço pode ser exercida não apenas pela empresa de menor custo como também por aquela que detém posição dominante no mercado, caso da West.

O relatório do DNPDE não considera informação relevante dos autos de que os preços da West eram informados pelos diversos compradores tão logo as cotações das concorrentes suplantavam as da líder (fls. 258 e 259, vol. 073). Observe-se que durante o período de controle da CIP, a tabela da West era utilizada para balizar os reajustes de preços do setor de lacres de alumínio, razão porque era obrigada a encaminhar ao órgão, periodicamente, seus preços. Os índices de reajuste máximos aprovados pelo CIP eram iguais e obrigatórios para todo o setor (fls. 804, vol. 075, 2º). Muito embora fosse obrigatória a observância do índice máximo, a cultura do mercado na era CIP era marcada pela falta de estímulo à concorrência, pois as empresas, qualquer que fosse o setor, seguiam exatamente o índice máximo, sem se preocuparem com o desempenho de suas concorrentes.

6- Os preços resultantes do controle governamental eram certamente mais elevados do que aqueles que prevaleceriam a partir da concorrência de pequenas empresas entre si. A propósito, o DNPDE constatou que os preços da West tendiam a ser mais elevados (fls. 860, vol. 075, 2º). As pequenas empresas certamente se beneficiaram com a sistemática adotada pelo CIP e isto, sem dúvida, explica certo acomodamento das mesmas diante da situação. Aliás, esse acomodamento da área comercial foi alegado pela Soares, em sua defesa prévia às fls. 258, vol. 073.

Foi, portanto, no contexto de um mercado alheio às regras da concorrência que ocorreu o fato que o DNPDE quis caracterizar como abuso do poder econômico. Os efeitos maléficos da cultura do CIP ainda integravam o mercado, a despeito da extinção do órgão, ocorrida poucos meses antes, sendo certo que a falta de controle não era total, porquanto imposto à líder

West a obrigação de encaminhar ao DAP, mensalmente, informações sobre seus preços e vendas (fls. 806, vol. 075, 2º).

7- As empresas indiciadas alegam que, após a extinção do controle de preços, sentiram-se pressionadas pelo mercado a seguir os preços da West, empresa líder (fls. 258, vol. 073 e fls. 764, vol. 075, 2º). Na verdade, a liderança da West era reconhecida pelo próprio CIP que, como já se viu, utilizava suas tabelas para balizar os reajustes do setor.

Sendo as demais empresas relativamente pequenas e menos estruturadas para avaliar os mecanismos de preços, só com muita dificuldade poderiam praticá-los diferenciadamente, principalmente num mercado onde as aquisições são preponderantemente realizadas em função daquele fator. Aliás, essa foi a experiência da Farmacap, que alegou, em sua defesa prévia, dificuldades em praticar preços próprios (fls. 329, vol. 074). Essa alegação da defendente, no entanto, foi erroneamente entendida pelo DNPDE como indício de combinação de preço. Ora, a dificuldade encontrada pela Farmacap em estabelecer política própria de preços demonstra, ao contrário do que afirma o Departamento, não a concorrência de prévia conclusão, mas sim a existência de um padrão comum de comportamento entre as partícipes do segmento, em relação ao preço, ditado pela líder, padrão este rompido em virtude da atuação da SNDE.

Na verdade, diante das profundas mudanças nas condições do mercado, pequenas empresas que, no passado, sobreviviam às custas dos preços constantes da tabela da West, não teriam porquê adotar, de imediato, política própria de preços e, em especial, diante das incertezas de um mercado em reestruturação.

8- Se indagar, então, o porquê da mudança de comportamento levada a efeito pelas defendentes logo após a instauração do processo administrativo. A resposta é singela: não se pode esperar de quem esteja sob pressão de um processo de apuração de suposto ilícito continue a praticar a conduta investigada. É da natureza do ser humano buscar adaptar-se a situações incomuns, ainda que com sacrifício. Não se descarte, porém, que a própria mudança poderia ser combinada, causando a impressão de normalidade do mercado.

O fato é de que esse tipo de conduta é comum no mercado oligopolizado e só o tempo dirá se essa mudança se perpetuará.

9- Como bem realçado pelo Procurador do CADE, "a falta de causa razoável para explicar a identidade de conduta das empresas induz à suspeito concreta sobre a existência de acordo ilegal". Diz o Procurador que a coincidência pode ser fruto de causa não repudiada pelo legislador e traduz Cabanellas: "O paralelismo próprio desta categoria pode resultar de condições totalmente alheia à existência de uma prática conclusória entre as partes

envolvidas. Tal é o caso dos mercados em que a homogeneidade dos produtos oferecidos leva a uma uniformidade dos preços cobrados, ou em que a liderança de preços exercida por determinada empresa dá lugar a iguais efeitos. Formas menos perfeitas de paralelismo, mas igualmente alheias à existência de um concerto entre competidores podem resultar da transparência de mercado que impede aos distintos ofertantes adotar políticas de preços marcadamente divergentes".

Continua a citação, indicando outra circunstância explicativa da conduta paralela, qual seja, a presença de um fato com impacto similar sobre a totalidade dos ofertantes. Na hipótese dos autos, a extinção do controle de preços, que vigorou por quase um quarto do século, afetou sobremaneira as empresas que se encontravam sob a tutela do CIP, causando grande impacto no mercado, alterando-lhe substancialmente a estrutura. Tanto assim que resultou queda dos preços, cujos reajustes evoluíram bem abaixo dos níveis inflacionários, como se pode concluir a partir dos dados constantes do parecer da SNE a fls. 806, vol. 075, 2º. Confirma esse entendimento a afirmação da West de que, após a liberação dos preços, a margem de lucro da Empresa decresceu em relação ao período do CIP (fls. 768, vol. 075, 2º), bem como a assertiva da Soares de que os índices de reajuste dos preços por ela praticados, no período compreendido entre a liberação dos preços e a licitação da FURP, ficaram bem baixo de qualquer medida da inflação e abaixo da evolução dos custos da Empresa (fls. 259, vol. 073).

10- In casu, não vejo como entender a prática de preços idênticos fora do referencial teórico do oligopólio. Apenas a existência de provas do concluído poderia afastar a hipótese da liderança de preço.

É bem verdade que não é fácil a prova do conluio. Não se pode esperar, todavia, que venha documentalmente comprovado o acordo ilícito, informal, pactuando à margem da lei. Mas, como bem realçado pelo Procurador do CADE, é indispensável que para o fato não haja outra explicação. E essa explicação pode ser buscada não apenas no campo jurídico, como também na teoria econômica, disciplina ancilar do direito da concorrência. Portanto, de extrema relevância a avaliação dos fatos caracterizados de condutas tidas como ilegais, sob seu aspeto econômico, para ser a certeza de se tratar de prática abusiva, reprimível pelo direito, ou de fenômeno meramente econômico e, como tal, não passível de repressão.

Na espécie, tem-se um oligopólio constituído de um número reduzido de empresas fabricantes de produtos homogêneos, que durante vários anos se submeteram ao controle de preços, repentinamente rompido num contexto maior de um projeto de modernização da economia nacional. Seria desrazoável supor que pudessem essas empresas, em apenas três meses, adaptar-se às novas regras do mercado desregulamentado que se buscava

implantar no País. As leis do mercado não são como as do ordenamento jurídico, elaboradas pelo legislador e impostas coercitivamente, com início de vigência determinado. Ao contrário, são vagas e cambiantes. Por isso que as forças produtivas que atuam no mercado vão abrindo seus próprios caminhos para se adaptarem às novas conjunturas. Extinto o controle de preços por determinação legal, era de se esperar a acomodação do mercado segundo suas próprias regras. Não se justifica a atuação repressiva do Estado, em defesa do mercado, quando inexistente prática restritiva da concorrência ou abuso do poder econômico.

No caso dos autos, a conduta paralela das indiciadas explica-se por causa econômica. Da sucessão dos fatos narrados no processo e da observação dos acontecimentos no mercado, no período que antecedeu as licitações em questão, não há como inferir que as indiciadas tenham praticado conduta abusiva do poder econômico

11- Observe-se, ademais, que a Administração Pública tem o dever de adotar critérios que assegurem o caráter competitivo da licitação. O sorteio, critério desempatados amplamente difundido, constitui, sem dúvida, verdadeiro desestímulo para os concorrentes, pois elege a sorte, em lugar da eficiência e da competitividade, o valor supremo para efeito de seleção da melhor proposta. Ora, os órgãos públicos têm a seu dispor estatuto próprio que lhes assegura a realização de compras e a contratação de serviços a preços de mercado e de acordo com suas conveniências. Não estão obrigados a adquirir coisa alguma quando os preços ou as condições não lhes convenham, porquanto o interesse público sobrepõe-se sempre aos interesses particulares. Ademais, tem o agente público obrigação legal de comunicar à autoridade competente qualquer ato ou fato de que tenha conhecimento, cujo objetivo seja fraudar concorrência pública, para que seja instaurada a ação penal e punidos os responsáveis.

12- A competência da SNDE, nos termos da Lei nº 8.158/91, restringe-se à repressão de práticas restritivas da concorrência e abusivas do poder econômico, não tendo a lei lhe conferido poderes para apurar delitos ou falcatruas em processo licitatório, matéria estranha à defesa da concorrência, afeta à polícia judiciária. Cabe, sim, à Secretaria propor as medidas cabíveis para corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, capazes de afetar os mecanismos de formação de preços. Esse tipo de atuação do órgão é extrema relevância no atual estágio de desenvolvimento da economia brasileira e de transformação estrutural do mercado doméstico e, certamente, previne a ocorrência de casos como o dos autos, além de conscientizar o setor empresarial para o novo papel que deverá desempenhar no mercado de livre concorrência, inserido no contexto de uma economia global, realidade irrefutável do mundo de hoje.

Ante o exposto, tenho como improcedente o presente processo administrativo instaurado contra a West do Brasil S.A., Soares Indústria e Comércio Ltda., Metalúrgica Marcatto Ltda., Farmacap Indústria e Comércio Ltda. e Rajj Comércio e Indústria de Tampas Metálicas Ltda., pelo que determino seu arquivamento, dando-se ciência ao Ministério Público da decisão deste Conselho.

É o meu voto.

Neide Terezinha Malard

VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

A coincidência dos preços ofertados pelas Representadas no procedimento licitatório realizado pelo FURP - Fundação para o Remédio Popular, em meados de 1990, faz, à primeira vista, presumir a existência de conluio, de uma ação concertada entre as mesmas, prevista no artigo 2º, V, ^a da lei nº 4.137/62, como conduta instrumental para tipificação de uma modalidade de concorrência desleal.

Todavia, dos elementos colhidos nestes autos, surge uma explicação plausível, de natureza econômica, para tal coincidência: a liderança de preços exercida pela sociedade West do Brasil sobre as demais Representadas. Tal liderança faria com que o comportamento da empresa líder viesse a ser seguido espontaneamente pelas demais empresas do setor, não como resultado de uma combinação prévia de preços, mas de mecanismos de um mercado que apresenta condições peculiares: a homogeneidade do produto, a interdependência das empresas, a facilidade com que as empresas poderiam acompanhar os preços da líder face à transparência do mercado, o controle governamental de preços exercido até época próxima à da realização da licitação, tudo isso em um setor caracterizável como oligopolizado.

Em um tal contexto - e tão bem o ressaltou o ilustre Procurador do CADE, PAULO GUSTAVO GONET BRANCO - não se pode presumir a combinação prévia, como meio para tipificar a prática anticompetitiva. Efetivamente, destaca o ilustre Procurador, os fatores antes referidos, que fazem admitir, na hipótese, a mera coincidência de preço, "não permitem ter como provada a concorrência desleal exercida por combinação de preços em concorrência pública", faltando, no particular, outros elementos de convicção, nestes autos.

Por tal fundamento, manifesto minha concordância com a conclusão do VOTO da ilustre Conselheira NEIDE TERESINHA MALARD, e, em consequência, voto pelo arquivamento da Representação.

Não posso deixar de enfatizar, ao final, a rigorosa coerência doutrinária guardada pela ilustre Conselheira Relatora, quando da emissão do seu VOTO. Um VOTO em que a sua Autora enfrentou, com brilho e competência, em todos os seus aspectos, matéria tão complexa, quanto polêmica.

É o meu VOTO.

Brasília-DF, 09 de setembro de 1992

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

1. As indiciadas, com base nos autos, são acusadas de terem praticado a conduta abusiva prevista no art. 2º, inciso V, alínea b, da Lei nº 4.137/62. Teriam, então, as indiciadas exercido concorrência desleal, mediante prévia combinação de preços em concorrência pública. No Processo em julgamento a combinação prévia de preços constitui o instrumento a ser utilizado pelo agente na prática desleal.

2. No seu bem fundamentado voto, entende a I. Relatora, que a inexistência de concorrência desleal vis a vis concorrentes, não há como enquadrar a suposta combinação de preços praticadas pela indiciadas no referido artigo da Lei nº 4.137/62, conduta que não constitui forma de abuso do poder econômico.

Tenho entendimento diferente da tese adotada pela I. Relatora, no que se refere a questão da concorrência desleal. A minha convicção sobre o assunto tem uma amplitude maior do que a manifestada pela Relatora no seu voto. O campo de atuação do CADE reveste-se de certos aspectos especiais que convém destacar. Refiro-me a situações monopolísticas ou oligopolistas (como é o caso do setor em julgamento), geradas pelo próprio estágio do nosso processo de desenvolvimento. A fiscalização da concorrência nesse estágio carece de maior atenção, visto que, nele, costuma ocorrer uma maior incidência de abusos do poder econômico. O papel do CADE é, no caso, extremamente sensível. Ele não pode, de um lado, criar obstáculo a tais situações, porque isso poderia impedir a consolidação ou a implantação de importantes setores econômicos, nem, de outro, aceitar que elas sejam aproveitadas para manobras espúrias. A regra para o caso será a de não

combater, indiscriminadamente, o oligopólio ou o monopólio, mas de coibir seu abuso.

Com base nesses princípios, defendo a necessidade da interferência do Estado, para regular, sempre que necessários, os desvios decorrentes de práticas comerciais restritivas, entre elas o acordo colusório, em que as empresas, muitas vezes, recorrem por ocasião da celebração de mercados públicos, lesando diretamente o Estado e indiretamente o contribuinte. Deve-se registrar que o acordo colusório, tem duas grandes características, a saber, a fixação de preços combinada e a divisão de mercados, e são, em geral, difíceis de serem detectados.

Após essas observações, e respaldado pelas informações contidas nos autos, que fornecem indicações sobre a conduta adotada pelas indiciadas que apontam para a presença de indícios de concorrência desleal, através da combinação prévia de preços em concorrência pública, o que demonstra a intenção de dominar o mercado em que atuam, distorcendo deliberadamente a livre concorrência, prejudicando em última instância o mercado e os seus consumidores.

3. Por não estar convencido de que a prática comercial descrita não se trata de ilícito previsto no inciso V, alínea b, do art. 2º da Lei nº 4.137/62, surge o questionamento: ficou comprovado nos autos o acordo colusório (de combinação de preços), ou teria ocorrido o fenômeno econômico conhecido como liderança de preço, reiteradamente alegado pelas defendentes.

Em relação a esta questão, deve-se registrar a manifestação contida no voto da I. Relatora, que analisando o assunto, registrou que a liderança de preço é uma conduta típica do mercado oligopolizado. O comportamento da líder é observado pelas demais empresas do setor e por elas deliberadamente seguido. Esse comportamento visa manter a estabilidade no mercado. Era esta a prática que vinha sendo adotada pelos fabricantes de tampas de borracha e lacres de alumínio para medicamentos no Brasil, conforme retrata os autos.

Deve ser destacado que o fato ocorreu num período em que ainda existiam resquícios da atuação do extinto Conselho Interministerial de Preços - CIP, que administrava os preços na economia. Em relação a empresa líder, no caso West, tinha, até poucos meses antes do fato, a obrigação de enviar ao DAP/MEFP, mensalmente, informações sobre seus preços e vendas. Baseado nessa realidade, pode-se concluir que o setor encontrava-se em fase de ajustamento, visando adotar uma política própria de preços, num mercado em reestruturação.

Com fundamento nesses princípios e constatações, e considerando a inexistência de provas, nos autos, de acordo colusório, acompanho a posição da I. Relatora, em relação a tese de liderança de preços. Ressaltando que sou levado a aceitar, apesar das reservas manifestadas, a hipótese da liderança de

preço, visto ser a explicação da causa econômica plausível para a conduta paralela das indiciadas. Dessa forma VOTO pelo arquivamento do Processo Administrativo ora em julgamento, dando-se ciência ao Ministério Público da decisão deste Conselho.

Brasília-DF, 09 de setembro de 1992

José Matias Pereira

VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES

Cumpra observar que por vários anos os preços dos produtos em tela (lacs de alumínio e tampas de borracha) estiveram sob o controle do Conselho Interministerial de Preços - CIP, sendo que este órgão adotava como referencial para efetuar os reajustes as planilhas de preços apresentadas pela Empresa West do Brasil.

Desta forma, entende-se como aceitável a ocorrência de uniformidade de preços praticados por essa Empresa e pelas demais, nos meses imediatamente posteriores ao término do controle de preços, visto que o mercado encontrava-se em uma fase de transição, evoluindo de uma economia protegida e regulada para um modelo concorrencial.

Assim, entende-se que essa prática - a homogeneidade de preços - imediatamente após o período de flexibilização pelo governo - representava muito mais à falta de criatividade e de experiência na formação de preços em uma economia de mercado, podendo perfeitamente ser creditado o ocorrido à liderança de preços exercida pela Empresa West do Brasil, como bem observou a ilustre Conselheira NEIDE TERESINHA MALARD.

Acolho, portanto, em sua íntegra, a tese da liderança de preços defendida pela Conselheira Relatora. Permito-me divergir apenas quanto a expressão "concorrência desleal", visto que embora não fique caracterizado o conluio entre as empresas, estas adotaram o denominado paralelismo consciente, que se deu pela observância da liderança de preços da West do Brasil, como manifesta perda da independência de cada empresa, resultando em restrição à concorrência.

Acompanho, assim, o Voto proferido pela ilustre Conselheira quanto a improcedência do presente processo administrativo em pauta e pelo seu arquivamento.

Brasília-DF, 09 de setembro de 1992

Marcelo Monteiro Soares

ANEXO

Quesitos a serem respondidos, com base em diligências, requisições de informações ou análises de documentos do Representado ou de terceiros envolvidos no processo de fabricação do medicamento ou de fornecimento das respectivas matérias-primas.

1. Qual o processo produtivo do VINCAGIL e do IRIDUX, incluindo todas as matérias-primas envolvidas, respectivos fornecedores e reações químicas.

2. Qual o estoque de ampolas normalmente mantido pelo Representado?

3. Qual o prazo normalmente requerido pelo fornecedor para entrega de ampolas?

4. Porque houve alteração da ampola 2 para a ampola 5, bem como o aumento da quantidade a ser fornecida, quando o fornecedor estava inadimplente na entrega das partidas solicitadas?

5. Quais os fornecedores de ampolas existentes no mercado nacional?

6. Quais as provas existentes sobre a recusa do metanol por excesso de água, conforme alegado nos itens a, b e c, às fls. 112, porquanto os documentos juntados para esse efeito foram produzidos pelo próprio Representado?

7. Tendo em vista a entrega do metanol com excesso de água, por três vezes consecutivas, quais as razões que levaram o Representado a manter o fornecedor, quando existem outros no mercado, conforme se pode verificar de fls. 51 e 52, do Caderno de produtores da Indústria Química Brasileira, publicado em setembro de 1988.

8. Quais as providências tomadas pelo Representado, entre outubro de 1990 e abril de 1991 (datas consignadas nos certificados de análise), no sentido de regularizar o fornecimento do metanol puro, em condições de ser utilizado na fabricação do VINCAGIL?

9. Quando e quais providências foram tomadas pela PROSINT-APOLO para regularizar o fornecimento do metanol puro ao Representado?

10. Qual o estoque de metanol puro mantido pelo Representado durante o período compreendido entre o início do quarto trimestre de 1990 e o final do terceiro trimestre de 1991?

11. Qual o estoque de Oxalato de Naftidrofuril, em julho de 1991?

12. Qual a quantidade necessária de Oxalato de Naftidrofuril para a produção de 20.000 cápsulas de 100mg do IRIDUX?

13. Qual a quantidade necessária de Oxalato de Naftidrofuril para a produção de 20.000 cápsulas de 200mg do IRIDUX?

14. Quando o IRIDUX injetável passou a ser produzido em 1991?

15. Quais foram os hospitais que solicitaram e receberam o IRIDUX injetável?

16. Por que o Representado deu prioridade à fabricação do IRIDUX injetável, em detrimento da produção do medicamento em cápsulas, quando não havia fornecimento de matéria-prima?

17. Por que não se buscou outro fornecedor do Oxalato de Naftidrofuril, quer no mercado interno quer no externo, quando o fornecedor estrangeiro alegou problema de ordem administrativa, qual seja, a troca de controle acionário que, em princípio, não deveria interferir num simples contrato de fornecimento?

18. Houve problemas na produção do IRIDUX injetável?

Além dos quesitos supra formulados, deverão ser trazidos ao processo cópia do contrato celebrado entre o Representado e a Hoechst do Brasil, para beneficiamento da Vicamina, e o quadro de produção do IRIDUX injetável, durante o último trimestre de 1990 e nos três primeiros trimestres de 1991.

Os técnicos e peritos deverão informar quaisquer outros fatos e atos relacionados às práticas imputadas ao Representado, neste processo.

Brasília-DF, 13 de maio de 1992.

