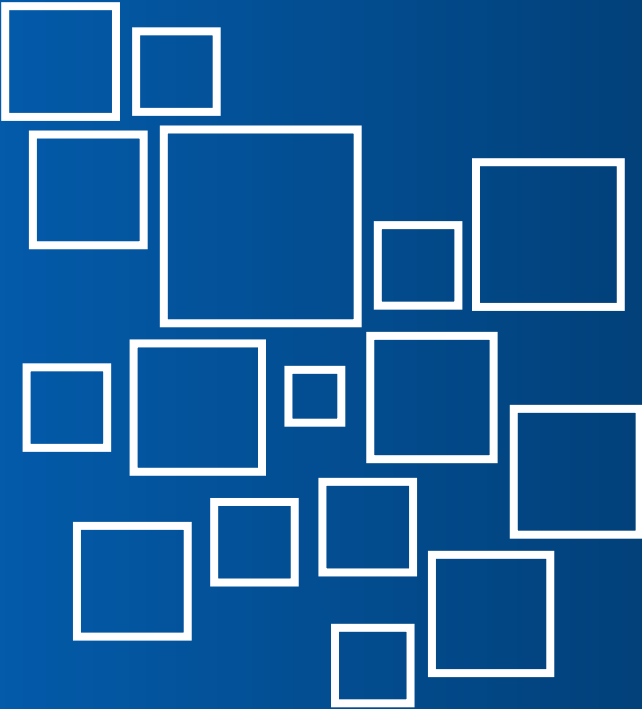


ISSN 1022-4057

Português

English

Español



ECONOMIC ANALYSIS OF LAW REVIEW

abde
Associação Brasileira
de Direito e Economia

 Universidade
Católica de Brasília


EDITORA
universa

www.ealr.com.br

Economic Analysis of Law Review

Competências da Autoridade Concorrencial em Setores Regulados: Considerações à luz da jurisprudência do Cade no setor de medicamentos

Competition Authority's Powers over Regulated Markets: considerations under Cade's case law in pharmaceuticals

Patricia Regina Pinheiro Sampaio¹
FGV Direito Rio / CPDE

Heitor Campos de Azevedo Guimarães²
FGV Direito Rio / CPDE

RESUMO

Este artigo analisa as decisões do Cade no setor de medicamentos. A fabricação, distribuição e comercialização de medicamentos é fortemente regulada no Brasil, inclusive no que se refere a preços. Em um ambiente tão regulado ainda existe espaço para atuação das autoridades antitruste? De início, comentam-se as falhas de mercado observadas nessa indústria e a regulação federal, especialmente no que tange a preços-teto. Depois, analisa-se a jurisprudência do Cade relativa preço abusivo, preço predatório e cartel, bem como em atos de concentração. Da análise de ambos conclui-se que, de um lado, a presença de regulação setorial pode limitar a possibilidade de ocorrência de algumas espécies de condutas anticompetitivas. Por outro lado, o Cade já condenou empresas do setor por cartel, bem como impôs restrições à aprovação de ato de concentração, o que evidencia que o órgão de defesa da concorrência possui relevante papel a desempenhar nesse setor.

Palavras-chave: Setor Regulado; Medicamento; Concorrência; Competência; Cade.
JEL: K23.

ABSTRACT

This article reviews Brazilian competition agency's case law regarding pharmaceuticals. In Brazil, manufacturing, distribution and commercialization of medicines are highly regulated, including prices. In such strictly regulated market is there still room for antitrust enforcement by competition authorities? We start presenting an overview of the observed market failures in pharmaceuticals, the applying federal regulation, especially regarding price caps. Then, we take on Cade's case law on anticompetitive practices of abusive pricing, predatory pricing and collusion, and its practices on merger review. We conclude that, on the one hand, sector regulation may prevent some potential anticompetitive practices. On the other hand, Cade has punished companies for cartel practices and imposed restriction on mergers, which show that competition authorities still have an important role to play in this market.

Keywords: Regulated Sector; Medicines; Competition; Authority; Cade.
R: 10/10/12 **A:** 17/12/12 **P:** 27/1/13

¹ E-mail: patricia.pinheiro@fgv.br.

² E-mail: heitorcampos@gmail.com.

1. Introdução

Este artigo se propõe a realizar uma análise da jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade sobre casos envolvendo o setor de medicamentos.³

A indústria de medicamentos apresenta diversas questões interessantes ao estudioso da relação entre as políticas regulatória setorial e de defesa da concorrência, na medida em que, como se verá, a fabricação, distribuição e comercialização de medicamentos apresentam-se fortemente reguladas, inclusive no que tange aos preços praticados. Haveria, nessa hipótese, competências a serem desempenhadas pelas autoridades concorrenciais? Em caso positivo, qual seria a extensão e quais seriam os limites desta atuação?

Para responder a essas indagações, este artigo encontra-se dividido da seguinte forma: na primeira parte, tecemos breves considerações acerca do setor de medicamentos, as falhas de mercado nele observadas e sua regulação no Brasil. Em seguida, apresentamos resultados quantitativos e qualitativos da pesquisa empírica realizada acerca da jurisprudência do Cade envolvendo o setor, tanto no que tange a decisões relativas a alegações de prática de condutas anticompetitivas, quanto no que se refere a atos de concentração.

Ao final, tecemos breves considerações a partir dos resultados observados, de modo a verificar se o Cade já interveio sobre mercados relevantes da indústria de medicamentos visando preservar ou restaurar as condições de concorrência no setor.

2. O Setor de Medicamentos

A indústria farmacêutica pode ser compreendida como aquela que pesquisa, manufatura e vende drogas que demandam prescrição médica (Lisboa, Fiuza, Viegas, & Ferraz, 2001, p. 52). No entanto, a definição de mercado, para efeitos de análise concorrencial, apresenta-se bastante mais complexa, pois ao estudioso da defesa da concorrência pouco adianta aludir a um mercado de “medicamentos”, na medida em que remédios têm princípios ativos e finalidades terapêuticas diversas. Portanto, definir corretamente os mercados relevantes mostra-se essencial a qualquer análise de ato de concentração ou investigação de conduta anticompetitiva.

Um mercado relevante é definido a partir das possibilidades de substituição de bens ou serviços tanto do prisma da oferta quanto da demanda,⁴ em determinados espaços geográficos.⁵ A definição dos mercados potencialmente envolvidos na análise constitui uma etapa inicial à posterior avaliação da possibilidade de exercício de poder de mercado, definido esse como a

³ O Cade é a autarquia federal com competência para aplicação da legislação brasileira de defesa da concorrência. As decisões objeto do presente artigo foram tomadas com base na Lei 8.884/94, que vigorou entre junho de 1994 e maio de 2012, quando foi substituída pela Lei 12.529/2012, a atual lei brasileira que dispõe sobre a prevenção e a repressão das infrações contra a Ordem Econômica.

⁴ “A maioria dos economistas concorda que a definição ideal de mercado deve levar em consideração as possibilidades de substituição tanto no consumo quanto na produção” (Viscusi, Harrington, & Vernon, 2005, p. 156).

⁵ “O mercado relevante geográfico, para fins antitruste, é uma área geográfica na qual uma empresa pode elevar o seu preço sem que 1) grande quantidade de seus clientes rapidamente se mova para outra fonte de fornecimento fora da área; ou 2) produtores fora da área possam rapidamente inundar essa área com produtos substitutos”. (Hovenkamp, 1999, p. 113).

possibilidade de as decisões tomadas pelo(s) agente(s) econômico(s) (isolada ou conjuntamente) afetar(em) as condições de funcionamento do mercado.⁶

Para se definir o mercado relevante, deve-se buscar avaliar o grau de substituição entre produtos em uma mesma área geográfica na qual as suas vendas sejam viáveis economicamente. Para esse fim, pode-se utilizar a elasticidade preço-cruzada⁷, que mede quanto a variação do preço de um bem impacta no preço de um bem substituto. Entretanto, na prática, esse método requer um volume grande de informações, nem sempre disponível, além de outros desafios econométricos.⁸

Outro método comumente utilizado para identificar o mercado relevante consiste no teste do monopolista hipotético. Este procura responder se, em caso de um significativo e não transitório aumento de preço de um determinado produto ou serviço, havendo hipoteticamente apenas um ofertante daquele produto ou serviço (o “monopolista hipotético”), o consumidor pagaria esse aumento de preço ou mudaria seus hábitos para adquirir outro bem/serviço.

Em caso positivo, isto é, se os consumidores modificarem a sua decisão para o segundo produto/serviço, ambos devem ser considerados como integrando o mesmo mercado relevante, devendo todos os seus ofertantes ser considerados concorrentes entre si. Em caso negativo, ou seja, se a maioria dos consumidores decidir pagar o aumento do preço, mas não mudar o seu hábito de consumo, os ofertantes de cada produto/serviço devem ser considerados como participando de mercados relevantes distintos.

O teste também considera a área geográfica máxima em que o adquirente pode realisticamente se movimentar para obter o produto/serviço desejado. Para definição geográfica do mercado relevante deve-se levar em consideração, dentre outros elementos, o preço do bem comparativamente aos custos e tempo de deslocamento, assim como a existência de barreiras à entrada, sejam elas tarifárias ou não.⁹

⁶ Atualmente, no direito brasileiro, o art. 36, §2º, da Lei 12.529/2011 dispõe que “presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for *capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado* ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia”.

⁷ $\varepsilon_{p,ij} = \frac{dq_j}{dp_i} \cdot p_i/q_j$

⁸ Como desafios econométricos podem ser citados: endogeneidade, graus de liberdade e a não trivialidade na definição do que seria uma elasticidade preço-cruzada suficientemente alta para considerar dois bens substitutos.

⁹ O direito brasileiro apresenta uma definição de mercado relevante na Portaria Conjunta SDE/SEAE 50/2001, que aprova o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal: “28. A definição de um mercado relevante é o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos, consumidores e produtores, que efetivamente limitam as decisões referentes a preços e quantidades da empresa resultante da operação. Dentro dos limites de um mercado, a reação dos consumidores e produtores a mudanças nos preços relativos - o grau de substituição entre os produtos ou fontes de produtores - é maior do que fora destes limites. O teste do ‘monopolista hipotético’ [...] é o instrumental analítico utilizado para se aferir o grau de substitutibilidade entre bens ou serviços e, como tal, para a definição do mercado relevante. 29. Definição. O mercado relevante se determinará em termos dos produtos e/ou serviços (de agora em diante simplesmente produtos) que o compõem (dimensão do produto) e da área geográfica para qual a venda destes produtos é economicamente viável (dimensão geográfica). Segundo o teste do ‘monopolista hipotético’, o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento de preços”.

O setor de medicamentos possui certas particularidades que necessitam ser consideradas na definição dos mercados relevantes. Apesar de ser um produto de consumo, sua produção, distribuição e publicidade são regidas por normas específicas setoriais.¹⁰

Existe também elevada assimetria de informação entre ofertantes e adquirentes, em especial para os medicamentos éticos, que são aqueles cuja venda depende de prescrição médica.¹¹ Em regra, o médico tende a escolher o medicamento para seu paciente em função de diagnósticos e protocolos de tratamento em que foi treinado e tem confiança. Outros fatores que influenciam sua decisão quanto à opção por um ou outro medicamento são as características do paciente (como idade e patologias pregressas) e a propaganda dos laboratórios – em especial via divulgação de estudos técnicos e inserções em revistas especializadas (Lisboa, et al., 2001, p. 36). Usualmente, a análise de custo-benefício ou custo-efetividade dos medicamentos é feita pela autoridade reguladora do setor (Safatle, et al., 2003, p. 2).

Segundo a Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica, em 2006, a intenção de investimentos da indústria farmacêutica brasileira em publicidade e propaganda superava em três vezes o valor que seria destinado a Pesquisa e Desenvolvimento: R\$ 979 milhões frente a R\$ 302,6 milhões.¹² Para os medicamentos não-éticos, acessíveis ao grande público sem prévia prescrição, a propaganda desempenha um papel ainda mais relevante.¹³

Os gastos com propaganda e outras formas de promoção ocasionam diferenciação de medicamentos, de forma a segmentar o mercado. Como consequência, tem-se uma dificuldade adicional em se determinar o mercado relevante, pois a substituíbilidade entre os produtos se torna menos evidente. A título ilustrativo, veja-se que, no mercado de medicamentos éticos, mesmo quando um produto tenha o mesmo efeito terapêutico que outro, um médico poderia recusar a sua substituição em função de uma reputação de qualidade. No mercado de não-éticos, a propaganda poderia ser capaz de alterar a decisão sobre que produto consumir em direção à marca “mais comercial”, fazendo com que o consumidor adquira determinado produto mesmo que não seja o mais indicado do ponto de vista terapêutico.

Outras características pertinentes à oferta de medicamentos que podem afetar o padrão de concorrência no mercado são as barreiras à entrada em função da proteção patentária, o posicionamento estratégico dos medicamentos de marca e a consolidação dos genéricos.

A complexidade envolvida na definição de mercados relevantes nesse setor levou à contratação, pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE/MJ,¹⁴ de serviço de consultoria externa de pesquisa econômica avançada, focalizada na indústria de medicamentos e farmoquímica, a qual foi realizada pela Associação Nacional de Centros de Pós-Graduação em Economia (ANPEC), com auxílio técnico do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) (Safatle, et al., 2003).

¹⁰Ver, nesse sentido, a regulação da Anvisa, disponível em <http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/Inicio/Medicamentos>. Acesso em setembro de 2012.

¹¹ Os medicamentos podem ser éticos, quando estão sujeitos à prescrição médica, e não-éticos, de livre aquisição, também chamados de OTC (*over the counter*).

¹² Jornal Valor Econômico. 24 de Março de 2006.

¹³ São elevados os valores destinados pela indústria farmacêutica à propaganda nos Estados Unidos. No início dos anos 2000, para medicamentos éticos, equivalia a 4% das receitas, atingindo 20,4% no caso dos de venda livre (“OTC”). Scherer *apud* Safatle, et al. (2003, p. 2).

¹⁴ Merece ser esclarecido que, na vigência da Lei 8.884/94, a SDE tinha competências instrutórias sobre atos de concentração e processos administrativos relativos a acusações de infração da Ordem Econômica. Com a entrada em vigor da Lei 12.529/2011, em 29.05.2012, a SDE deixou de integrar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tendo perdido essas competências.

O resultado dessa consultoria consistiu na estipulação de parâmetros complexos capazes de, a partir dos “protocolos teóricos de tratamento”, agrupar em um mesmo mercado os medicamentos chamados de “substitutos reais”. Dentre as etapas dessa análise, podem ser citadas a avaliação das características do fármaco, seus princípios ativos, suas principais indicações e restrições de uso, os objetivos terapêuticos (preventivo, paliativo ou curativo), a equivalência terapêutica dos medicamentos (evidência científica, prática clínica, etc.), estudos dos processos patológicos, e a construção de uma dosagem-padrão homogeneizadora (Dose Diária Definida – DDD).

O estudo concluiu pela existência de três distintos graus de escolhas entre medicamentos capazes de competir entre si. Quanto mais próximo do grau de escolha 1, maior o grau de substituíbilidade do fármaco (menos tóxico, mais eficiente, etc.).

3. O Setor de Medicamentos e as Falhas de Mercado

As questões acima levantadas sugerem a presença de falhas de mercado no setor de medicamentos, que podem ensejar regulação estatal visando ao incremento do bem-estar social.¹⁵

De fato, um mercado perfeitamente competitivo permite atingir o equilíbrio de Pareto, situação em que o bem-estar geral é maximizado, pois não há como um agente melhorar sua situação sem prejudicar outro, e todos os ganhos de trocas possíveis, ou mutuamente vantajosas, se exauriram. Na vida real, todavia, muito raramente se encontram situações próximas a mercados perfeitamente competitivos, o que leva a sociedade a incorrer em ineficiência econômica. Questões como assimetria de informação entre fornecedor e consumidor, fidelidade do consumidor à marca, custos de logística, economias de escala e escopo, proteções legais à propriedade intelectual (como marcas e patentes de invenção), entre outras, são razões que limitam a capacidade de escolha do comprador.

Essas limitações, atrelado ao fato de serem os medicamentos reconhecidos como bens de relevante interesse social, sugerem a oportunidade da regulação de sua fabricação, distribuição e comercialização, o que, no Brasil, é realizado, em sede federal, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa.

Dentre as peculiaridades dessa indústria, destacam-se, ainda, (i) os vultosos investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) e o acelerado ritmo de inovações; (ii) a exclusividade de exploração decorrente da concessão de patentes de invenção; assim como (iii) a natureza de bem credencial dos medicamentos e os problemas de agência decorrentes da dissociação entre o consumidor (adquirente do produto), o agente que indica a compra do remédio (médico) e, por vezes, quem efetua seu pagamento (que pode ser um terceiro, como o Estado ou o plano de saúde).¹⁶ Vejamos.

No que tange aos investimentos, faz-se importante salientar que a maioria dos recursos aplicados em P&D resultará em insucessos. Estudos americanos estimam que, de cada 5 mil a 10

¹⁵ Bem-estar é um conceito utilizado por economistas, entre outras razões, para medir quão boa é a *performance* de uma determinada atividade, economia ou sistema. Essa medida agrega o bem-estar, ou excedente, de diferentes grupos econômicos em uma determinada região (Motta, 2004, p. 18). O excedente de um determinado indivíduo (ou consumidor) será definido pela diferença de sua avaliação pessoal sobre quão valioso é o bem e o preço que ele efetivamente paga pela sua aquisição. O “excedente do consumidor” será, assim, a soma de todos os excedentes individuais daqueles que adquirem um bem em um determinado sistema econômico. Em contrapartida, o “excedente do produtor” deriva da soma dos lucros gerados pelos fornecedores desse bem nesse mesmo sistema.

¹⁶ Sobre a natureza de bem credencial e os problemas de agência, ver Lisboa, et al. (2001, pp. 35-40).

mil moléculas sintetizadas, apenas uma será aprovada (Lisboa, et al., 2001, p. 2). Isso ocorre pela peculiaridade de esse setor lidar com a vida humana, o que acarreta a existência de rígida regulação voltada a inibir a ineficácia do produto, o risco de reações adversas, ou a cobrança de preços que tornem o medicamento caro demais face à sua qualidade (Lisboa, et al., 2001, p. 32).

Tendo em vista os volumosos montantes mobilizados e os riscos inerentes à atividade farmacêutica, o instituto da patente encontrou um amplo espaço para sua utilização. Costuma-se dizer que a indústria de fármacos se caracteriza por uma infinidade de ciclos que possuem três fases: (1º) *ex ante*, com altos investimentos em P&D e alta competitividade entre os laboratórios; (2º) com a descoberta de substâncias de sucesso, iniciam-se os períodos de monopólio pelo agente patenteador, sofrendo concorrência apenas de outras substâncias terapeuticamente equivalentes; e (3º) por fim, após expiração do prazo da patente, adentram ao mercado os genéricos, substitutos diretos, que novamente elevam o grau de competição do mercado. Durante o segundo período acima referido, sob a proteção da patente, as empresas esperam recuperar os investimentos realizados para obtenção da droga e cobrir os custos relacionados aos casos de insucesso (Lisboa, et al., 2001, p. 25).

No Brasil, a entrada dos genéricos nos mercados, considerados bens substitutos perfeitos dos medicamentos de marca, serviu como combustível para o aumento dos gastos com pesquisa e desenvolvimento de novos produtos. A estratégia de lançar novos produtos iria, assim, além da preocupação do laboratório em tratar um número maior de doenças, sendo também uma estratégia de pré-ocupação do espaço (*spatial preemption*) do mercado (Lisboa, et al., 2001, p. 29).

Os medicamentos são, ainda, classificados como bens credenciais.¹⁷ Em outros termos, certos aspectos quanto à qualidade do bem podem nunca vir a ser passíveis de avaliação pelo consumidor. Seria necessário um profissional especializado para atestá-lo, o que implica na dissociação entre a figura do consumidor (o paciente) e a de quem indica ou prescreve a droga (médico). Tanto na escolha do tratamento/princípio ativo, quanto na opção entre as marcas que utilizam o mesmo princípio ativo, é conferido ao médico certo poder de monopólio, em especial quando estamos diante de medicamentos éticos, ou seja, aqueles que dependem de prescrição médica para serem adquiridos.

Essa dissociação entre quem toma a decisão da escolha do medicamento e quem o consome acarreta o que na teoria econômica é descrito como problema de agência. O adquirente do medicamento (principal, que paga pela sua aquisição) quer maximizar não apenas a utilidade esperada da droga, mas leva em consideração também, na sua decisão, o custo financeiro da aquisição do medicamento e de um eventual tratamento em caso de insucesso ou substituição por outro medicamento. O médico (agente), por sua vez, tenderia a se preocupar principalmente em maximizar a saúde do paciente, não necessariamente se importando com o gasto que ele terá com o remédio. Além disso, a informação necessária sobre preços relativos¹⁸ requer um esforço

¹⁷ Essa classificação leva em conta a possibilidade ou não de o consumidor averiguar os atributos de qualidade do bem antes ou depois da compra. Assim, dividem-se em “bens de busca”, cuja qualidade é verificável antes da aquisição; “bens de experiência”, cuja qualidade é aferível depois da aquisição); e “bens credenciais”, cujas qualidades podem nunca vir a ser passíveis de avaliação pelo consumidor.

¹⁸ Uma forma de conferir valor a um bem é via preço, que pode ser termos absolutos, quando se determina um valor X para o mesmo, ou em termos relativos, quando a medida de precificação ocorre comparando os valores entre bens distintos. Dessa forma, para poder prescrever o medicamento de menor preço, o médico deveria saber mais do que o valor absoluto de sua prescrição, mas o seu valor relativo, com base em uma comparação pessoal em relação aos preços de remédios passíveis de substituição.

(custoso) do médico. A questão se agrava quando o responsável pelo pagamento é um terceiro agente, como o plano de saúde privado ou o próprio Estado.

Merecem ainda ser comentados alguns aspectos referentes à demanda por medicamentos, uma vez que os gastos com esses produtos são considerados inelásticos em relação ao preço, ou seja, a demanda não costuma ser substancialmente afetada pela variação do preço cobrado (Lisboa, et al., 2001, p. 13).

São igualmente considerados gastos regressivos: analisando os dados do IBGE, detectou-se que as camadas mais ricas da população possuíam renda 40 vezes maior do que as mais pobres, apesar de consumirem apenas 1,5 vez mais remédios (Lisboa, et al., 2001, p. 12). Dessa forma, é a camada com menor poder aquisitivo aquela mais afetada com o aumento dos custos de medicamentos.

Analisando os laboratórios farmacêuticos (fabricantes dos medicamentos) do ponto de vista da oferta, pode-se dizer ainda que esse segmento se apresenta, em princípio, razoavelmente concentrado. Dados apontam que, em 2003, as 12 maiores empresas do setor com atuação no país, sendo cinco delas nacionais, respondiam por 48,8% do mercado brasileiro (Capanema & Palmeira Filho, 2007). Merece menção, por outro lado, que não há propriamente um mercado relevante de laboratórios, pois, drogas com finalidades terapêuticas diversas não são substitutas entre si e, portanto, não integram o mesmo mercado. De todo modo, é relevante observar que a rentabilidade do setor – retorno sobre investimento - é uma das mais altas da indústria nacional. Dados do grupo Exame (2012), que publica “As 500 maiores empresas do Brasil”, informam que o setor encontra-se no segundo lugar dentre os ramos de atividade mais rentáveis:

Rentabilidade do Patrimônio Ajustada (%)

Comunicações	21,5	Telecomunicações	7,4
Farmacêutico	16,3	Transporte	7,1
Autoindústria	15,1	Produção Agropecuária	5,3
Mineração	13,3	Bens de capital	5
Energia	11,7	Siderurgia e Metalurgia	1,9
Indústria Digital	9,6	Química e Petroquímica	0,7
Indústria da Construção	8,1	Têxteis	-0,5

Fonte: (Exame, 2012).

O setor de distribuição de medicamentos, por sua vez, também se apresenta razoavelmente concentrado. Segundo dados do Cade, as cinco maiores distribuidoras respondem por cerca de 65% do total de vendas.¹⁹ Muitas redes de farmácias, ao invés de adquirir diretamente da indústria, optam por comprar das distribuidoras, tendo em vista o elevado giro de estoques das farmácias e a maior agilidade na entrega dos medicamentos. Para os pequenos comerciantes, aliás, o distribuidor atacadista oferece a possibilidade de fracionamento de embalagens.

Drogarias e farmácias constituem importante elo na cadeia de comercialização de medicamentos. Esse segmento, no entanto, costuma ser reconhecido como pulverizado e com

¹⁹ Informação disponível no voto do Conselheiro Relator Cesar Mattos no Ato de Concentração 08012.003189/2009-10, proferido em 19.05.2010.

baixas barreiras à entrada. Engloba redes de farmácias, farmácias independentes e aquelas que integram redes de supermercado, sendo o mercado relevante geográfico definido como local.²⁰

3.1.A Regulação de Preços no Setor de Medicamentos

No Brasil, o preço de venda dos medicamentos é objeto de acompanhamento por órgão de regulação setorial, a Câmara de Medicamentos – CMED, cuja Secretaria Executiva é operacionalizada pela Anvisa. Dentre suas principais atribuições sobre o controle de preços destacam-se a criação de dois instrumentos: o Preço Fabricante – PF e o Preço Máximo ao Consumidor – PMC.

Os critérios utilizados para o cálculo do fator de ajuste do PF são apresentados anualmente por meio de Resolução da CMED, baseados em um modelo de teto de preços a ser calculado pela junção de um (i) índice de preços, (ii) um fator de produtividade (X), (iii) uma parcela de fator de ajuste de preços relativos entre setores (Y) e (iv) uma parcela de fator de ajuste de preços relativos intrassetor (Z). A mais recente norma sobre o tema é a Resolução CMED nº 1/2012.

Essa Resolução adota a seguinte fórmula para o cálculo da Variação Percentual do Preço do medicamento (VPP):

$$VPP = IPCA - X + Y + Z$$

O IPCA – Índice de Preços ao Consumidor Amplo – é o índice de preços utilizado, calculado pelo IBGE. O fator de produtividade X, também conhecido como Fator de Produtividade do Trabalho na Indústria Farmacêutica Brasileira, representa uma estimativa de ganhos prospectivos de produtividade da indústria farmacêutica. Em outras palavras, seria o ganho de produtividade do setor, o quão mais eficiente ele se tornou em relação ao último período avaliado²¹. Quanto maiores os ganhos de eficiência, menor será a necessidade de aumento do preço do medicamento a ser cobrado por essas empresas, já que se observa uma parcela de ganhos atrelada à redução de seus custos.

Para esse cálculo, realiza-se uma estimativa que utilizará fatores como o IPCA (IBGE), a taxa de juros real (BACEN) e a taxa de câmbio livre visando encontrar o resultado significativo da divisão do *quantum* da Produção Física da Indústria Farmacêutica (Fonte: PIMPF/IBGE) pelo total de horas mensais trabalhadas do pessoal ocupado nessa indústria (Fonte: RAIS/CAGED) ao longo do tempo.

A parcela do fator de ajuste de preços relativo entre setores Y é expressa em percentual e calculada com base na variação dos custos dos insumos. Assim, compara-se o quanto aumentou o

²⁰ Dados veiculados na imprensa sobre o setor de revenda de medicamentos informam que “as 28 maiores redes de farmácias e drogarias ampliaram participação de 33% para 36% entre os anos 2006 e 2010. [...] Dados da Abrafarma mostram que as redes associadas participavam com 33% do mercado em março de 2006. Neste ano, esse percentual passou para 36%. As 28 redes associadas à entidade têm 5% do total de lojas (3.091). As chamadas “outras redes” (que incluem as associativistas, as de diversos proprietários e as de uma só bandeira) também aumentaram sua participação no mercado de 7% para 11% no mesmo período. E as farmácias de redes de supermercados passaram de 2% para 3%. Nesse mesmo período, as farmácias independentes tiveram participação reduzida de 58% para 49%, apesar de concentrarem maior quantidade de lojas (56.266)” (informação disponível em <http://www.sincofarmamg.org.br/agenda.php?area=noticias&ident=226>, Acesso em setembro de 2012).

²¹ O cálculo desse fator emprega metodologia que seleciona um modelo econométrico de série temporal com média móvel com ordem de integração 1, componente auto-regressivo de ordem (1) e sazonalidade (6 e 12).

valor dos insumos utilizados pelo setor farmacêutico no período analisado desde o último ajuste, desde que tais custos sejam distintos daqueles que integram o IPCA.

O fator de ajuste de preços relativos intrasetor (Z) é expresso em percentual e calculado com base no poder de mercado existente, usando como variável *proxy* o grau de concentração no setor. Ele visa promover a concorrência nos diversos mercados de medicamentos, ajustando preços relativos entre os mercados com menor concorrência e os mais competitivos. O fator é determinado, entre outros, pela assimetria de informação, pelas barreiras à entrada e pelo poder de monopólio, e sua variação é tomada ao longo do tempo.

Ainda de acordo com a Resolução CMED 01/2012, para realizar essa medição, um indicador mais simples e fiel do grau de concentração utilizado em Z consiste na participação de mercado do faturamento dos medicamentos genéricos, pois essa participação possui uma forte correlação estatística negativa com as variações de preços. Essa correlação demonstra que os ganhos de produtividade dos mercados com maior presença dos genéricos, vistos como mercados mais concorrenciais, são mais rapidamente repassados ao consumidor comparativamente aos mercados formados por classes com menor presença.

Assim, o grau de participação dos genéricos é usado para construir categorias de mercado, em razão da classe terapêutica, baseada nas indicações contidas nos registros de medicamentos. São três os níveis:

Nível 1: classes terapêuticas com participação de genéricos em faturamento igual ou superior a 20%, entendidos como mercados em que já ocorreria repasse integral dos ganhos de produtividade aos consumidores;

Nível 2: classes terapêuticas com participação de genéricos em faturamento maior ou igual a 15% e menor de 20%, entendidos como mercados em que ocorreria um repasse apenas parcial dos ganhos de produtividade aos consumidores; e

Nível 3: classes terapêuticas com participação de genéricos em faturamento abaixo de 15%, entendidos como mercados em que não ocorreria repasse da produtividade aos consumidores.

Quanto mais competitivo o mercado, maior o reajuste de preços permitido, equilibrando-se os preços relativos intrasetor. A Secretaria-Executiva da CMED publica periodicamente as relações de apresentações de medicamentos classificados como níveis 1 e 2. Para fazerem jus ao ajuste de preços, as fabricantes de medicamentos devem apresentar à CMED um Relatório de Comercialização. O Preço Máximo ao Consumidor (PMC) é obtido pela divisão do Preço Fabricante (PF) pelos fatores presentes em tabela divulgada anualmente pela CMED, que leva em consideração as cargas tributárias de ICMS praticadas nos Estados de destino e a incidência da contribuição PIS/PASEP e COFINS, conforme disposto na Lei nº 10.147, de 21 de Dezembro de 2001. Verifica-se, portanto, que o setor de medicamentos apresenta-se fortemente regulado em preços.

4. Concorrência no Setor de Medicamentos: o Papel do Cade

A partir dos elementos acima mencionados, observa-se, de um lado, a presença, no setor farmacêutico, de características estruturais que tornam cogitável a possibilidade de exercício abusivo de posição dominante. Podem ser citados, nesse sentido, o elevado grau de concentração

observado em alguns mercados relevantes e o fato de o consumidor estar tecnicamente muitas vezes impossibilitado de decidir sobre o que consumir – seja pela essencialidade do bem, seja pelo fato do bem ser credencial; e a existência das patentes.

De outro lado, o fato de haver agência setorial competente para regular desde a fabricação até a revenda de medicamentos, atrelado à política estatal de acompanhamento e limitação de variações em preços, pode sugerir que agentes econômicos não poderiam abusar de eventuais posições dominantes.

Por essas razões, parece relevante investigar se já houve intervenções efetivas da entidade concorrencial sobre mercados relevantes que integram a indústria de medicamentos, entendida essa “intervenção efetiva” como casos de condenação de práticas anticompetitivas ou de vedação ou imposição de restrições à aprovação de atos de concentração por parte do Cade.

Nessa análise, deve-se considerar que, apesar da forte regulação setorial que envolve o setor, os mercados relevantes em questão apresentam-se competitivos, não havendo qualquer isenção de incidência das normas de defesa da concorrência. Portanto, compete ao Cade aplicar a legislação de defesa da concorrência no setor, em um sistema de complementaridade de competências entre a regulação setorial e as normas de defesa da concorrência.

Nesse sentido, verificou-se, a partir da pesquisa realizada, que o Cade já teve oportunidade de analisar diversos atos de concentração bem como investigar algumas acusações de práticas anticompetitivas nos mercados que integram o setor farmacêutico. O estudo desses casos permite analisar a extensão e os limites da intervenção concorrencial em setores regulados, nos quais, em que pese a existência de normas específicas setoriais, cabe proteger a livre concorrência e reprimir o abuso do poder econômico, nos termos do art. 170, IV e 173, §4º, da Constituição Federal.

Em pesquisa realizada no sítio de jurisprudência dessa autarquia na internet, foram encontradas 155 decisões envolvendo mercados que compõem o setor de medicamentos para a saúde humana, depois de excluídos os casos de investigação de condutas que foram arquivados por prescrição intercorrente (portanto, sem terem tido o seu mérito analisado); casos que apareciam em duplicidade; e aqueles voltados a mercados que não diziam respeito a medicamentos para a saúde humana (como saúde animal ou higiene pessoal).²²

Com relação às condutas anticompetitivas, foram encontradas 17 averiguações preliminares, sendo que todas diziam respeito à alegação de prática de preço predatório no setor de revenda de medicamentos, tendo todas sido arquivadas.

Os processos administrativos propriamente ditos contabilizaram 55 casos, divididos da seguinte forma:

Conduta	Quantidade
Preço abusivo / aumento injustificado de preços	46
Preço predatório	3
Cartel/ colusão	5
Acordo de distribuição exclusiva	1

²² A pesquisa foi realizada no banco de dados de jurisprudência disponibilizado pelo Cade na internet (www.cade.gov.br), utilizando as chaves de busca “medicamento”, “farmacêutico” e “vitamina”. A última atualização da pesquisa foi realizada em 6/9/2012.

Foram ainda encontrados 83 atos de concentração, dos quais 80 foram aprovados sem restrições e 3 tiveram sua aprovação condicionada ao cumprimento de exigências do Cade. Não foram encontradas decisões determinando o desfazimento de operações.

Nos itens que se seguem será realizado breve resumo das decisões encontradas, iniciando-se pelas investigações relacionadas a condutas anticompetitivas para, em seguida, serem comentados os três casos de atos de concentração nos quais o Cade impôs condições para sua aprovação.

No âmbito das condutas anticompetitivas, tendo em vista a proeminência, em termos quantitativos, dos casos envolvendo alegações de prática de preços abusivos e aumento injustificado de preços, iniciaremos nossa análise por esses.

4.1. Aumento Abusivo de Preço

4.1.1. O Aumento Abusivo de Preços e a Lei de Defesa da Concorrência

A legislação brasileira de defesa da concorrência prevê o aumento arbitrário dos lucros como um ilícito concorrencial, questão que decorre, inclusive, de previsão constitucional.²³

No entanto, embora algumas legislações de defesa da concorrência, como a brasileira, prevejam, em sua redação, a possibilidade de se sancionar os agentes econômicos pelo aumento arbitrário de lucros (art. 36, *caput*, Lei 12.529/2011²⁴), ou, ainda, sustente-se que a coibição de tal prática possa ser inferida da competência para reprimir o abuso de posição dominante, em realidade tais preceitos dificilmente são aplicados isoladamente pelas autoridades antitruste, pois essas teriam dificuldade em responder, objetivamente, ao questionamento sobre a partir de que momento um preço se torna abusivo e, portanto, um lucro “arbitrário”. É preciso considerar que o sistema de economia de mercado, baseado na liberdade de iniciativa, costuma ser considerado, como regra geral, incompatível com um regime de controle de preços pela autoridade

²³ De fato, o art. 173, §4º, da Constituição Federal, exige a edição de lei para reprimir o abuso de posição dominante que, dentre outras consequências, tenha potencial de propiciar o aumento arbitrário dos lucros: Art. 173, §4º: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Entre 1994 e maio de 2012 essa exigência foi preenchida pela Lei 8.884/94, que vigorou até 29.05.2012, quando entrou em vigor a Lei 12.529/2012.

²⁴ Lei 12.529/2011. Art. 36 “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante”. A Lei 8.884/94, por sua vez, ora já revogada, além de vedar, em seu art. 20, *caput*, o aumento arbitrário de lucros, previa como exemplo de ilícito concorrencial o ato de “impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço” (art. 21, XXIV). O artigo 21, parágrafo único, da Lei 8.884/94 pretendia fornecer alguns parâmetros de objetivação desse dispositivo, ao estabelecer situações em que restaria evidenciada a prática de “preços excessivos. Art. 21, parágrafo único; “na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á: I – o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade; II – o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais; III – o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis; IV – a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos”.

concorrencial, que ocorreria caso se admitisse que o Cade pudesse definir se os preços praticados no mercado são “justos” ou “abusivos”.²⁵

Isso não tem impedido, por outro lado, que à luz do sopesamento de princípios constitucionais inerentes à interpretação jurídica, o legislador possa editar normas setoriais que determinem o controle de preços em segmentos específicos da economia. Esse foi o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no que tange à lei que limitava a possibilidade de reajuste de mensalidade escolar.²⁶ Com relação ao setor de medicamentos, como visto na parte inicial deste artigo, a legislação atualmente prevê o controle estatal sobre os preços praticados pela indústria e seus reajustes, impondo tetos acima dos quais será ilícita a venda do medicamento.²⁷

4.1.2. A CPI dos Medicamentos e suas Implicações Concorrenciais

Ainda no final dos anos 90, a partir da Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou o mercado de medicamentos no Brasil, uma série de denúncias relativas a preços abusivos e aumento arbitrário de lucros foram apresentadas ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. De fato, a Resolução nº 5, de 1999, da Câmara dos Deputados, instituiu CPI destinada a investigar os reajustes de preços e a falsificação de medicamentos, materiais hospitalares e insumos de laboratórios, de acordo com o art. 58, §3º da Constituição Federal e a lei 1.579/52, que atribuem e normatizam a função fiscalizadora do Poder Legislativo.

Essa CPI foi instaurada como uma resposta a denúncias veiculadas pelos meios de comunicação à época, relativas às seguintes alegadas práticas: aumentos constantes de preços de medicamentos, acordos realizados por laboratórios para impor preços e falsificação de vários tipos de remédios, o que causaria graves prejuízos aos consumidores.

²⁵ Sobre as dificuldades atreladas à caracterização de uma conduta anticompetitiva unicamente a partir da alegação de preço abusivo, ver Ragazzo (2011).

²⁶ “Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e das outras providências. - Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. - Não é, pois, inconstitucional a Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, pelo só fato de ela dispor sobre critérios de reajuste das mensalidades das escolas particulares. - [...]” (ADI 319 QO, Relator(a): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/1993).

²⁷ O Superior Tribunal de Justiça já decidiu ser legal a delegação à CMED da competência para regular os preços dos medicamentos, em decisão que teve a seguinte ementa: “ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDICAMENTOS. FIXAÇÃO DE PREÇOS. DELEGAÇÃO. CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS-CMED. CONSTITUCIONALIDADE. CRITÉRIOS. 1. O artigo 7º da Lei nº 10.724/03 delega expressamente à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED o estabelecimento dos critérios para a aferição dos preços dos produtos novos que venham a ser incluídos na lista de produtos comercializados pela empresa produtora de medicamentos. 2. Por seu turno, o artigo 4º desse diploma legal estabelece as linhas gerais para a CMED fixar os preços dos medicamentos. Não se vislumbra inconstitucionalidade na delegação à essa Câmara para a fixação dos preços, ante a complexidade da matéria. 3. Impetração contra ato administrativo que estabeleceu preço de medicamento em valor inferior àquele autorizado para concorrente. 4. Critérios do preço, sua composição química do produto e seu enquadramento pela Anvisa. Valores determinados com base no mercado internacional, espanhol, para um deles; italiano e francês, para outro. 5. Inexistência de vulneração aos princípios da isonomia, livre concorrência, razoabilidade e proporcionalidade. 6. Segurança denegada (MS 11.706/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 08/11/2006).

Como enfatiza a doutrina, a Constituição atribui às CPIs “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, mas não lhes estende os poderes de julgamento. Tanto assim que as conclusões devem ser encaminhadas ao Ministério Público” (Mendes, 2010, p. 990). Por conseguinte, ao término da CPI, diversas representações foram formuladas ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência pelo Ministério Público.

4.1.3. A Jurisprudência do Cade acerca das Alegações de Aumentos Abusivos de Preços no Setor de Medicamentos

Em razão do acima exposto, o ingresso do tema dos preços abusivos no setor de medicamentos na agenda do Cade constitui um fenômeno até certo ponto datado, em muito tributário das investigações realizadas pela CPI dos Medicamentos.

A título ilustrativo, passamos a comentar abaixo as discussões observadas em dois desses casos, ambos advindos das apurações realizadas pela CPI. Trata-se de denúncias formuladas à Secretaria de Direito Econômico (SED/MJ)²⁸ em desfavor de dois fabricantes, em decorrência de ter sido constatado, no primeiro caso, aumento para o medicamento *Resprin* (72,81%)²⁹ e, no segundo caso, para os medicamentos *Angipress* (83,59%), *Eupressin* (91,55%) e *Oxigen* (51,29%), para o período de agosto de 1994 a junho de 1999.³⁰

A acusação baseou seus argumentos no disposto no artigo 21, inciso XXIV, da lei 8.884/94, imputando às Representadas a conduta de *impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço*, com o condão de produzir efeitos vedados pelo artigo 20 da mesma lei, incisos I a IV, quais sejam: *limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante*.

Ambos os agentes alegaram, em sua defesa, ademais de questões de cunho processual, que os medicamentos em questão eram de venda livre, com prazos de proteção patentária expirados, e facilmente substituíveis pelo consumidor, de modo que os mercados em que estariam inseridos seria pulverizado entre diversas marcas e concorrentes, o que configuraria ausência de posição dominante de mercado. Além disso, à época não havia no ordenamento pátrio impedimentos à promoção de reajustes de preços de medicamentos.

Em sua análise, o Conselheiro Relator lançou mão do estudo produzido pela consultoria prestada pela parceria entre ANPEC e IPEA, já anteriormente citado, tendo concluído que o aumento de preços deveria ser considerado normal. Por conseguinte, os processos foram arquivados.

Os demais casos apurados na pesquisa jurisprudencial realizada tiveram o mesmo resultado, não tendo sido encontradas condenações de fabricantes de medicamentos pela prática de preço abusivo ou aumento injustificado de preços.

Atualmente, seria mais difícil encontrar novos casos envolvendo aumentos abusivos de preço nesse setor. Como já foi observado, os preços são regulados e controlados por resoluções emitidas pela CMED.

²⁸ À época dos fatos, a SDE/MJ tinha competência para investigar acusações de condutas anticompetitivas. Com o advento da Lei 12.529/2011, a SDE/MJ deixou de integrar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

²⁹ Processo Administrativo nº 08012.000911/2000-19, Conselheiro-Relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos.

³⁰ Processo Administrativo nº 08012.000917/2000-97, Conselheiro-Relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos.

A partir do princípio da especialidade, faz-se necessário reconhecer que, se a regulação setorial estatal adota uma rígida estrutura de fixação de preços (ainda que preços-teto) e acompanhamento das margens de reajuste, falecerá competência ao Cade para decidir ter havido, no caso concreto, aumento arbitrário de lucro. De fato, como classificar de “arbitrário” um aumento expressamente admitido pela regulação setorial?

Este conjunto de casos permite o esclarecimento dessa questão bastante sensível à relação entre decisões setoriais e a política de defesa da concorrência. Havendo clara política setorial de fixação de preços-teto, falecerá ao Cade competência para decidir serem abusivos os preços de venda do produto, desde que praticados dentro da margem expressamente admitida pela regulação setorial e em decorrência de decisões unilaterais dos agentes econômicos atuantes nos mercados.

4.2. Preço Predatório

Em antítese às alegações de preços abusivos, o setor também foi objeto de alegações de prática de preços predatórios. Estes, no entanto, pretensamente vislumbrados no setor de revenda varejista (farmácias). A maior parte desses casos foi arquivada ainda em sede de averiguação preliminar³¹, tendo sido, no entanto, encontrados três processos administrativos relacionados a essa conduta, que igualmente terminaram arquivados.³² A fim de que se possa melhor compreender a razão para o arquivamento desses casos, faz-se relevante entender a racionalidade econômica e os elementos que necessitam estar presentes para a caracterização da conduta de preço predatório.

4.2.1. Requisitos para a caracterização de preço predatório

A prática de preço predatório encontrava-se descrita na Lei 8.884/94 como o ato de “vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo” (art. 21, XVIII).³³ Semelhante previsão consta da atual Lei 12.529/2011, que passou a incluir na definição legal também a oferta de serviços injustificadamente abaixo do preço de custo.³⁴

Em 2002, a Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda, fez expedir o *Guia de análise econômica da prática de preços predatórios*, aprovado pela Portaria SEAE 70/2002. Nesse documento, a Secretaria aponta que o objetivo da prática de predação reside em experimentar prejuízos no curto prazo com a finalidade de eliminar a concorrência para, no longo prazo, uma vez atingida a posição dominante, praticar-se preços supracompetitivos. Assim, mostra-se essencial à racionalidade da predação que o agente econômico tenha substancial poder

³¹ Como visto, a pesquisa realizada encontrou 17 averiguações preliminares em que o tema foi discutido, tendo todas sido arquivadas.

³² Trata-se dos processos administrativos 08000.004542/1997-13; 08012.000668/1998-06; e 08012.007044/1999-00.

³³ Na sistemática da Lei 8.884/94, o ilícito só se caracterizava se tivesse por objeto ou pudesse ter o potencial efeito de se enquadrar nas vedações do art. 20, *caput*, da lei. Da mesma forma, na atual Lei 12.529/2011, o ilícito só se caracteriza se tiver por objeto ou puder ter o potencial de produzir os efeitos vedados pelo art. 36, *caput* e seus incisos.

³⁴ Lei 12.529/2011 Art. 36, §3º, XV: § 3º “As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo”.

de mercado e expectativa de recuperação do “investimento” realizado com a prática de preços abaixo do nível competitivo.³⁵

Conforme se verá na narrativa dos casos ilustrativos abaixo, as alegações de preço predatório atingiram especialmente o setor de revenda de medicamentos (farmácias), e foram arquivadas tendo em vista a ausência de substancial poder de mercado das investigadas que, atrelada ao acompanhamento dos preços ao consumidor pelo governo, impediria a “recuperação” dos “investimentos” em uma eventual predação. Dessa forma, faleceria ao agente econômico incentivo e racionalidade econômica nessa prática.

4.2.2. A Jurisprudência do Cade acerca das Alegações de Prática de Preços Predatórios no Setor de Medicamentos:

Abaixo apresentamos breve resumo de três casos ilustrativos das discussões mais emblemáticas envolvendo o tema de preços predatórios que foram encontradas na pesquisa da jurisprudência do Cade.

4.2.2.1. SINPROFAR / SESI

O primeiro caso analisado consiste em processo administrativo instaurado a partir de representação formulada pelo Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos – SINPROFAR – no Estado do Rio Grande do Sul, em desfavor do Serviço Social da Indústria – SESI.³⁶

A alegação residia, basicamente, em que o SESI estaria oferecendo em suas farmácias produtos e serviços farmacêuticos a preços inferiores aos praticados pelas demais farmácias que atuavam na região, como consequência do não recolhimento de impostos federais por questões de imunidade tributária.

Em razão dessa imunidade, o SESI conseguiria vender a preços por vezes inferiores aos custos das farmácias concorrentes. Essa situação, alegava a SINCOFAR, desequilibraria as forças de mercado e configuraria prática de “preço predatório”.

Investigações do SDE apuraram que as farmácias do SESI atuavam de forma a firmar convênios com empresas e o setor público para viabilizar a aquisição de medicamentos pelas populações carentes. A participação de mercado dos estabelecimentos farmacêuticos do SESI – 15% do total de vendas no Estado do Rio Grande do Sul – não permitia presumir a existência de

³⁵ Portaria 70/02: “3. Dessa forma, a prática de preços predatórios no curto prazo aumenta o bem-estar do consumidor, porque este se beneficia dos preços mais baixos. No entanto, no longo prazo, como a predação reduz o número de firmas no mercado e, conseqüentemente, a concorrência, o bem-estar do consumidor se reduz. [...]. 5. Conforme estipulado pela lei, a venda de mercadoria abaixo do preço de custo não constitui uma infração. Esta venda tem que produzir o efeito, ou ter como objeto, prejudicar a livre concorrência. Assim sendo, para a constatação de uma estratégia de preços predatórios é necessário provar, além da venda abaixo do custo, que as condições necessárias para que essa estratégia seja lucrativa (ou seja, que no longo prazo a concorrência irá se reduzir e com isto a firma predadora terá poder de mercado) estejam presentes, a saber: participação de mercado significativa da firma predadora, elevadas barreiras à entrada, capacidade produtiva para atender o incremento da demanda no curto prazo e capacidade de financiamento devido as perdas incorridas nessa estratégia”.

³⁶ Processo administrativo 08012.000668/1998-06. Questão semelhante foi discutida no Processo Administrativo 08000.4542/1997-13, com decisão no mesmo sentido.

posição dominante³⁷ Dados constantes dos autos demonstravam ainda que, independentemente da definição de mercado relevante geográfica adotada (mesmo que fosse restrita ao bairro ou a uma cidade), a participação das farmácias do SESI sempre seria reduzida, além de as vendas serem restritas a associados do Sistema, ou seja, vedada ao grande público.

Adicionalmente, foi constatado que esse setor mantinha características concorrenciais, como as reduzidas barreiras à entrada de novos atores e o baixo custo para ingresso nesse mercado, que coibiriam que um ofertante detivesse isoladamente poder de mercado capaz de afetar o ambiente concorrencial por meio de predação.

Sem haver possibilidades de recuperar, em um segundo momento, as perdas causadas pela suposta predação, seja por sua baixa participação no mercado, seja pelas características concorrenciais do mesmo, determinou o Cade o arquivamento do processo.

4.2.2.2. Ministério Público / Drogaria São Paulo

Outro julgado relevante ocorreu em 2004, após a criação da CMED.

O Ministério Público do Ceará dirigiu uma representação à Secretaria de Direito Econômico (SDE) em face da Drogaria São Paulo S/A, sob a alegação de que a mesma estaria praticando preços predatórios na revenda de medicamentos em Fortaleza. A SDE decidiu instaurar uma averiguação preliminar visando apurar possíveis condutas infringentes à ordem econômica.³⁸

A “política agressiva de preços” praticada pela representada, segundo o MP-CE, residia na oferta de descontos entre 30% e 50% do preço de referência estabelecido pela CMED. Confrontando-se esses números com os limites impostos aos lucros permitidos ao setor farmacêutico sobre o preço final do medicamento ao consumidor, os promotores concluíram que a Drogaria São Paulo teria chegado ao ponto de oferecer medicamentos abaixo do preço de custo, com o intuito de dominar o mercado e eliminar a concorrência.

Em sua defesa, a Representada trouxe argumentos de cunho econômico: os medicamentos em questão seriam considerados de “alto giro”, o que implicaria margens reduzidas de lucro compensadas pelas grandes quantidades vendidas. Da mesma forma, os próprios laboratórios ofereceriam descontos a redes de farmácias, o que naturalmente já tornaria seus preços menores em relação àqueles tabelados pela CMED. Por fim, reafirmou que não havia qualquer exigência de fidelização com o cliente, o que demonstraria ausência de poder de mercado.³⁹

³⁷ Merece ser lembrado, a esse respeito, que a lei concorrencial brasileira estabelece uma previsão relativa de posição dominante quando um agente econômico (ou agentes econômicos com atuação conjunta) detém (em) mais de 20% do mercado relevante. Nesse sentido, dispõe o art. 36, §2º, da Lei 12.529/2011: “§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia”.

³⁸ Averiguação preliminar 08012.000219/2005-02.

³⁹ Em todo caso, a Representada informou ainda que já havia aderido previamente a um “Termo de Ajustamento de Conduta” – TAC, proposto pelo Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (DECON-CE), que criara um teto máximo de 15% de desconto na venda de produtos farmacêuticos no Ceará. Os questionamentos acerca da competência do MP para impor, por meio de TACs, limitações à concessão de descontos em mercados competitivos foge ao escopo deste artigo, merecendo apenas menção que, na ausência de práticas anticompetitivas, a outorga de descontos faz parte da concorrência no mercado. Nesse sentido, quanto ao TAC firmado entre o DECON e a Drogaria, sugeriu o Cade que o mesmo fosse anulado, sob o argumento de que podia implicar em perdas potenciais

Quanto ao mercado relevante, a SDE definiu-o como sendo o setor varejista de produtos farmacêuticos, incluindo farmácias e drogarias, com delimitação geográfica na Região Metropolitana de Fortaleza, ou “Grande Fortaleza”.

Em sua análise, o Conselheiro-Relator do processo no Cade considerou baixas as possibilidades de exercício de poder de mercado pela representada por duas razões principais: a grande pulverização do mercado e as baixas barreiras à entrada. A Drogaria São Paulo detinha apenas 01 dentre os 597 estabelecimentos existentes no mercado relevante, sendo quase 83% pertencentes a farmácias independentes. Os custos envolvidos para abertura de uma nova farmácia eram baixos, assim como o tempo médio para obtenção de uma permissão de funcionamento.

Por meio de dados confidenciais, o Cade confrontou os preços de custo e de venda de produto, garantindo não ser este menor do que aquele cobrado pelos laboratórios à revendedora. A prática de descontos, inclusive, teria incentivado outros estabelecimentos a fazerem o mesmo, acirrando a concorrência e contribuindo para redução de preços pagos pelos consumidores, razão pela qual o caso foi arquivado.

4.2.2.3. Unimed Bauru

Nessa ocasião, foram investigadas possíveis práticas anticoncorrenciais realizadas pela cooperativa de médicos Unimed em sua rede de farmácias. A primeira denúncia versava sobre a existência de venda casada, pois os medicamentos em sua rede de drogarias apenas seriam acessíveis àqueles que fossem usuários dos planos de saúde ofertados pela cooperativa. A segunda acusava a cooperativa de praticar preço predatório ao vender medicamentos a preço de custo, muito abaixo daquele praticado pelas concorrentes no mercado.⁴⁰

Quanto à primeira denúncia, foi decidido que a alegada venda casada não gerava prejuízo aos consumidores, dada a ausência de posição dominante que permitisse abuso de poder econômico.

Quanto à segunda acusação, além dos argumentos já utilizados nos casos anteriores, referentes à insignificância de barreiras regulatórias e financeiras à entrada nesse mercado, o Cade mencionou a existência de um órgão responsável por regular os preços dos medicamentos: a CMED.

Conforme já anteriormente analisado, a CMED estabelece critérios para definição de produtos novos e novas apresentações. Com o auxílio da Anvisa, classifica os produtos que as empresas decidem lançar-se no mercado, atribuindo-lhes, a partir dos requerimentos apresentados pela empresa, o preço-fábrica máximo, ou seja, um preço-teto (*price cap*) pelo qual será permitida a venda do medicamento às farmácias. Adicionalmente, define em suas resoluções os reajustes anuais de preço.

Sendo assim, os comerciantes não têm liberdade absoluta para definir preços de revenda no setor de fármaco. Tanto laboratórios fabricantes quanto farmácias obedecem a limites máximos para preço de medicamentos. A inobservância desses limites configura descumprimento de norma regulatória, punível pela CMED. Portanto, em suas negociações, laboratórios e/ou distribuidores são proibidos de cobrar das farmácias preços superiores aos preços de fábrica (PF) aprovados pela CMED. Às farmácias, por sua vez, não é permitida a cobrança de preço superior

de bem-estar dos consumidores, pois, apesar de não eliminar por completo a competição entre as farmácias da região, essa poderia ser afetada por um controle artificial sobre as possibilidades de descontos.

⁴⁰ Averiguação preliminar 08012.003380/1999-57.

ao Preço Máximo ao Consumidor (PMC), também autorizado pela CMED. Merece destaque que o que a legislação veda é a cobrança de preços superiores, sendo autorizada a comercialização dos produtos abaixo dos limites fixados, o que permite a existência de concorrência em preços nesses mercados.

É lógico concluir que, na impossibilidade de se reajustar os preços para cima após o período da suposta predação, os supostos agentes predadores estariam impossibilitados de recuperar as perdas incorridas pela prática de preços abaixo do custo. Logo, essa atitude seria economicamente irracional, de modo que também este caso foi arquivado.⁴¹

4.3. Formação de Cartel e outras Práticas Concertadas entre Concorrentes

Ainda dentre as condutas que foram investigadas pelo Cade envolvendo o setor de medicamentos, encontram-se cinco casos relacionados à cartelização ou colusão entre concorrentes. O cartel constitui o mais grave ilícito antitruste, sendo condenado, no direito brasileiro, tanto na esfera administrativa quanto na penal.⁴² A existência de um cartel leva à prática de preços supracompetitivos, restrição da quantidade ofertada, redução nos níveis de investimento em pesquisa e desenvolvimento e acomodação gerencial (Stiglitz & Walsh, 2003).

O Cade já enfrentou duas alegações envolvendo mercados de fabricação de medicamentos: o cartel dos genéricos e o das vitaminas.

Além disso, o Cade também já teve a oportunidade de decidir, em duas ocasiões, se o ato de a indústria farmacêutica publicar, em revistas especializadas, os preços máximos dos medicamentos aprovados pela autoridade reguladora setorial auxiliaria na uniformização das práticas do mercado e “na indução da alta dos preços de medicamentos”.

Finalmente, houve uma investigação em que drogarias foram acusadas de criarem uma associação, no Distrito Federal, com o objetivo de promover a uniformização de práticas comerciais. Passamos a comentar esses casos.

⁴¹ Questão semelhante foi decidida no processo administrativo 08012.007044/1999-00, no qual o Conselheiro Relator ratificou o entendimento do Cade, destacando o parecer da SDE: “A SDE em sua nota técnica, conclui pelo arquivamento com base nos seguintes argumentos principais: i) a USIMED não chegou a atuar no mercado em questão antes da representação e nem depois, por conta da medida cautelar imposta pelo Plenário do Cade; ii) as barreiras à entrada se mostraram suficientemente baixas para inibir eventual exercício abusivo de poder de mercado por parte da representada; iii) os preços de medicamentos são regulados no Brasil, o que evitaria a estipulação de preços suficientemente altos pela representada de forma a obter ganhos que compensassem as perdas registradas durante a prática predatória; iv) diante das características de mercado, a prática de venda casada se apresenta como inviável, pois a venda de medicamentos não teria condições de alavancar a comercialização de planos de saúde e vice-versa; e v) diante de toda a análise, o desconto oferecido pela USIMED representa uma vantagem oferecida ao consumidor na busca, pela UNIMED, de diferenciação” (Voto do Conselheiro Relator Fernando Furlan, proferido em 13.05.2009, p. 2).

⁴² A Lei 8.884/94 condenava a prática de cartel nos arts. 20 c/c 21, I a IV e VIII. A atual Lei 12.529/2011 os veda no art. 36, *caput*, c/c §3º, I e II, que tem a seguinte redação: “§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”.

4.3.1. O Cartel dos Genéricos

Em 1º de Setembro de 1999, o Conselho Regional de Farmácias do Distrito Federal formulou representação em face de 19 laboratórios farmacêuticos, acusando-os de formação de cartel em razão de indícios de ação coordenada para delimitar a atuação de distribuidoras de medicamentos e prejudicar a introdução de medicamentos genéricos no país, por meio de uma campanha negativa junto à classe médica e aos consumidores.⁴³

A prova da conduta ilícita, além dos depoimentos colhidos, estaria em uma ata de reunião cujo conteúdo aludiria às seguintes práticas imputadas: “(i) fixação, em acordo com laboratórios concorrentes, de condições de venda aos distribuidores de medicamentos; (ii) adoção de conduta comercial uniforme entre os laboratórios concorrentes em face dos distribuidores, prevendo alterações no mercado de distribuição de medicamentos; (iii) limitação do acesso de novas empresas ao mercado; (iv) criação de dificuldades ao funcionamento ou desenvolvimento dos distribuidores de medicamentos genéricos; e (iv) recusar a venda de bens das condições estas que tipificam as infrações definidas no art. 20, incisos I, II e IV da lei 8.888/94 (trata dos cartéis)”.⁴⁴ Os participantes dessa reunião seriam gerentes regionais de vendas dos laboratórios, que teriam se encontrado em dia útil e horário comercial para discutir assuntos previamente determinados em pauta, em sala mantida por uma das participantes, o que contrariaria a tese de que a reunião teria por objetivo mera confraternização, conforme defendido pelas representadas.

Faz-se relevante mencionar que, para a análise desse caso, tendo em vista que os medicamentos genéricos ainda não eram comercializados no país, pela ausência de regulação, foi considerado como mercado relevante o mercado nacional de fabricação de medicamentos em geral, não se segmentando, assim, por classes terapêuticas. Juntas, as representadas detinham entre 45% e 47% do mercado total de fabricação de medicamentos à época no Brasil,

O voto do relator, Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, decidiu pelo arquivamento do processo, entendendo não haver nexos causal entre a conduta das representadas e os efeitos concretos ou potenciais de um ilícito anticompetitivo, pois não teria ficado comprovado que a conduta das concorrentes pudesse pôr em perigo os bens jurídicos tutelados pela lei de defesa da concorrência.

Contudo, a tese presente no voto-vista do Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos pela condenação terminou por prevalecer. Primeiramente, o Conselheiro descartou a utilização da teoria penalista do nexo de causalidade diretamente à legislação antitruste, pois essa estaria mais ligada a critérios de razoabilidade: “um feixe razoável de indícios é capaz de conduzir tranquilamente a uma condenação”, sustentou o Conselheiro em seu voto. Apesar dos prejuízos à sociedade não terem ocorrido de fato, seria razoável, diante do poder de mercado detido pelos agentes econômicos, que tal estratégia descrita nos autos surtisse efeito, o que caracterizaria dano potencial.

Ao fim, as representadas foram condenadas, por maioria, por formação de cartel. No entanto, referida decisão do Cade foi objeto de questionamento em âmbito judicial.⁴⁵

⁴³ Processo Administrativo nº 08012.009088/1999-48.

⁴⁴ Voto do Conselheiro Relator Ricardo Cueva no Processo Administrativo nº 08012.009088/1999-48, p. 02.

⁴⁵ A Justiça Federal do Distrito Federal, em primeira instância, declarou a nulidade da decisão do Conselho, considerando inexistirem suficientes provas da existência do cartel. Processos n. 2007.34.00.043978-7/2008.34.00.000638-5/2007.34.00.043980-0/2008.34.00.000496-0/2008.34.00.000495-7/2008.34.00.003164-2/2008.34.00.003138-9/2008.34.00.008656-0 / 2007.34.00.044419-6 / 2008.34.00.001816-7 / 2008.34.00.001801-6 / 2007.34.00.043979-0/2008.34.00.000497-4/2008.34.00.001805-0/2008.34.00.000639-9 / 2007.34.00.044314-EALR, V. 3, nº 2, p. 281-306, Jul-Dez, 2012

4.3.2. O Cartel das Vitaminas

Também em 1999, três laboratórios internacionais com atuação no Brasil foram processados e condenados em suas matrizes por prática de cartel internacional de vitaminas. As investigações realizadas, em especial pela Comissão Europeia, teriam demonstrado que caberia às filiais espalhadas pelo mundo a implementação e monitoramento do acordo sobre preços e quantidades de vitaminas comercializadas em cada localidade.⁴⁶

Assim, em 2000 a SDE instaurou processo administrativo para investigar a prática de “fixação de preços com concorrentes, influência na adoção de conduta comercial concertada entre concorrentes, regulação de mercados de bens, por meio do estabelecimento de acordos para limitar a produção e imposição de preços excessivos no mercado de vitaminas”⁴⁷, o que caracterizaria infração consubstanciada nos incisos I e IV do art. 20 c/c com os incisos I, II, X e XXIV do art. 21 da Lei 8.884/94.

Em suas defesas, as representadas não negaram a ocorrência do cartel protagonizado por suas matrizes, mas sim que o mesmo não teria produzido efeitos no Brasil. Essa tese foi rejeitada. O Conselheiro Relator analisou o mercado nacional de vitaminas e destacou que o país é um grande importador do bem, com grande participação das matrizes dos laboratórios representados, que detinham, em conjunto, poder de mercado. Seria desarrazoável, portanto, considerar que todas as alusões dos autos às Américas excluíssem o Brasil. O organograma das empresas também comprovaria a existência de um sistema de comando em que as decisões das matrizes aplicavam-se às filiais brasileiras.

Por fim, rejeitou-se a necessidade de estudos econométricos para caracterizar a conduta ou a gravidade do ilícito. O argumento foi no sentido de que todo cartel clássico procuraria provocar efeitos que prejudicam o consumidor e, se tais efeitos não ocorreram, teria sido por razões alheias à vontade das representadas. Segundo o Conselheiro Luiz Carlos Prado, em voto-vogal, nenhum agente racional “corre riscos e assume custos de montar um cartel clássico para manter inalterados seus resultados econômicos”,⁴⁸ tendo as representadas restaram condenadas.⁴⁹

4.3.3. Associação de Drogarias e Acordo sobre a Concessão de Descontos

No processo administrativo 08012.006241/1997-03, um conjunto de farmácias que funcionavam no Distrito Federal foram acusadas de cartelização, por terem formado uma associação que teria atuado para fixar preços no mercado de revenda de medicamentos, os quais teriam de ser mandatoriamente observados pelas drogarias associadas, sob pena de punição. A

6 / 2008.34.00.002628-4 / 2007.34.00.043998-2 / 2008.34.00.003133-0 (cautelar). 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, sentença proferida em 9/12/2011.

⁴⁶ Processo Administrativo 08012.004599/1999-18

⁴⁷ Voto do Conselheiro Relator Ricardo Cueva no processo administrativo 08012.004599/1999-18, p. 2.

⁴⁸ Voto-vogal do Conselheiro Luiz Carlos Prado, p. 4.

⁴⁹ De forma contrária votou o Conselheiro Luis Fernando Schuartz, entendendo não ter havido prova do cometimento da infração com potenciais efeitos sobre o mercado brasileiro: “como antecipado, não encontrei informação alguma nos autos que pudesse suportar um juízo seguro acerca desta questão fundamental, nem muito menos, uma prova conclusiva no sentido da existência de infração que autorizasse a este Conselho a imposição de uma sanção administrativa às Representadas” (voto do Conselheiro Luis Fernando Schuartz, p. 16).

alegação consistia em que a tabela teria por efeito uniformizar a concessão de descontos abaixo do preço-teto permitido pelo governo.⁵⁰

Várias representadas terminaram condenadas por formação de cartel, sob a fundamentação de que havia uma pequena lista de produtos nos quais eram praticados preços inferiores aos de mercado (os descontos), mas que, para a maioria dos remédios, seriam praticados preços próximos ao teto, de modo que a conduta sugeria que aqueles medicamentos com descontos iguais eram utilizados com chamariz de consumidores, sendo para os demais acordada a prática de preço elevado (embora dentro dos limites permitidos pela regulação setorial). As atas de assembleia da associação reportariam tentativas de restrição à concessão de descontos maiores do que os previstos na lista e sugestões de punição para os agentes desviantes, razão pela qual a associação e várias dentre as associadas foram condenadas por infração à Lei 8.884/94.⁵¹

Essa condenação evidencia que o fato de um mercado ter preços-teto estabelecidos pelo Estado não impossibilita a prática de condutas uniformes entre concorrentes com potencial anticompetitivo, o que demonstra a complementaridade entre as políticas regulatórias e de defesa da concorrência.

4.3.4. Uniformização de Preços por Meio de Divulgação de Tabela de Preços

Outro caso relativo à alegação de concertação de práticas comerciais entre concorrentes consistiu em uma representação segundo a qual a indústria farmacêutica teria incorrido em prática cartelizante ao divulgar listas de preços de medicamentos em revistas especializadas.⁵²

Após reconhecer que, à época dos fatos, a própria regulação setorial requeria a ampla publicidade dos preços praticados, o Conselheiro Relator do caso no Cade decidiu que “resta claro que essas revistas não interferem, de forma nenhuma, na formação ou alta dos preços, tendo caráter meramente informativo. Registro, ainda, que a divulgação imposta pelo Governo e proporcionada pelas atividades das revistas especializadas representam um benefício para o consumidor, já que resulta na diminuição dos custos de busca e das assimetrias de informação e facilita, também, o monitoramento dos preços pelo consumidor”.

⁵⁰ Esta é uma situação mais complexa do que a mera fixação de preços, conforme destacou o Conselheiro Relator Paulo Furquim de Azevedo: “esforços promocionais e de propaganda comumente apresentam economias de escala, de tal modo que podem ser inacessíveis a pequenos estabelecimentos. Não por outro motivo, são comuns as estratégias de marcas coletivas, as quais podem ser geridas por formas de governança variadas, tais como redes de *franchising*, denominações de origem, cooperativas ou associações. Há, portanto, um benefício associado ao estabelecimento de marca coletiva e, mais especificamente, a esforço promocional e de propaganda comum. Resta indagar se a coordenação de preços é necessária para a consecução desses benefícios” (voto do Relator Paulo Furquim de Azevedo, p. 8).

⁵¹ Nas palavras do Relator: “Muito embora os associados falassem constantemente que a lista era fundamental para o fortalecimento da rede, não resta dúvida que o objetivo era utilizar um grupo de produtos como chamariz, permitindo a apropriação de renda do consumidor nos demais medicamentos, em que preços eram fixados em níveis relativamente altos. Todas as reclamações referentes à divergência de preços em relação aos valores da lista são devido à existência de preços mais baixos, nunca por preços mais altos. E houve apenas uma manifestação sobre manter os preços da lista abaixo dos da concorrência, e mesmo assim apenas de um grupo de produtos (remédios de uso contínuo que os fabricantes davam desconto). Assim, a preocupação geral não era realmente garantir ao consumidor um preço geral mais baixo, mas tão somente atrair os consumidores com alguns produtos em promoção, e manter artificialmente a margem nos demais” (voto do Relator, p. 17).

⁵² Processo Administrativo 08012.012395/99-15.

Merece destaque que este caso apresenta algumas peculiaridades com relação a outros julgados envolvendo tabelas de preços divulgadas por associações que foram condenadas pelo Conselho por facilitarem o conluio entre concorrentes.⁵³ Essas particularidades consistiam, especialmente, em que:

- no setor de medicamentos, os Preços Máximos ao Consumidor são estabelecidos na regulação setorial para cada ator e não para o conjunto de atores;
- o estabelecimento dos preços-teto é ato do governo e não da indústria;
- a transparência de preços, portanto, é imposta pela legislação setorial, mas não impede a prática de políticas de desconto, que podem indicar no sentido da concorrência; e
- a divulgação de informações pode ter impacto positivo no aumento do grau de informação ao consumidor.

Tendo em vista essas peculiaridades, o caso terminou arquivado, tendo o Cade decidido pela ausência de infração no caso concreto.⁵⁴

4.4. Acordo de Distribuição Exclusiva

Em outra oportunidade, o Cade teve que decidir se a celebração de acordo de distribuição exclusiva de medicamentos entre fabricante e distribuidor tinha o condão de falsear as condições de concorrência.

Também resultante de representação formulada pela Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados (a “CPI dos Medicamentos”), a empresa United Medical Ltda. foi acusada de “suposta prática de monopólio advindo da exclusividade de comercialização e/ou distribuição de determinados medicamentos”.⁵⁵

A exclusividade restringia-se a dois medicamentos e teve origem em uma denúncia efetuada à CPI pela Secretaria de Saúde do Rio Grande do Sul, segundo a qual a representada

⁵³ Ver, a título ilustrativo: “Processo Administrativo. Denúncia por parte da Associação Brasileira de Anestesiologia contra o Comitê Integrado de Empresas Fechadas de Assistência à Saúde no sentido que este último estaria incidindo no artigo 20, incisos I e IV c/c o artigo 21 inciso II da Lei nº 8.884/94. Mercados atingidos: prestação de serviços médicos através de planos de saúde de auto gestão no território brasileiro. Prática negada pela Representada. Caracterização da conduta denunciada. Cominações aplicadas à Representada: i) obrigação de não mais fabricar e/ou publicar qualquer tabela estabelecendo qualquer tipo de honorário de prestação de serviços médicos; ii) multa de R\$63.846,00 (sessenta e três mil oitocentos e quarenta e seis reais) pela prática do ilícito; iii) obrigação da Representada de realizar as suas expensas, publicação em meia página, no jornal de maior circulação no mercado relevante geográfico, do extrato do presente voto, por dois dias seguidos e em duas semanas consecutivas; iv) determinação à Representada que comunique o teor da presente decisão aos seus associados e v) aplicação de multa diária no valor de R\$6.384,00 (seis mil trezentos oitenta e quatro reais), caso as cominações acima sejam descumpridas” (Processo administrativo 08012.009443/1998-15, j. em 05.05.2004).

⁵⁴ “Processo Administrativo. Influência das Revistas Guia Farmacêutico – Brasíndice e ABCFARMA na indução das altas de preço no mercado de medicamentos. Mercado regulado. Obrigatoriedade de publicação imposta pelo regulador. Precedente. Consulta n. 83/92. Pareceres da SDE, ProCade e MPF pelo arquivamento. Ausência de indícios de infração à ordem econômica. Arquivamento. (P.A. 08012.012395/99-15). Em outro caso envolvendo uma acusação de formulação e divulgação de tabela de preços, foi arquivada representação formulada em face do Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos de Santo André e Região, tendo em vista a ausência de provas da conduta imputada” (PA 08000.007377/1997-71).

⁵⁵ Processo administrativo 08012.002038/2000-27.

tinha informado ser a exclusiva comercializadora dos referidos medicamentos, o que levava à necessidade de a Secretaria adquiri-los com “dispensa de licitação, ao preço de mercado”.⁵⁶ Sendo assim, na visão da CPI, teria restado configurado uma situação de monopólio, o que violaria a legislação de defesa da concorrência.

A alegação, todavia, não prosperou no âmbito do Cade. Seguindo o parecer da Secretaria de Direito Econômico, o Conselho acolheu o argumento de que a exclusividade praticada pela Representada decorria do fato de ser ela a única titular do registro para importação, distribuição e comercialização dos medicamentos na Anvisa. Além disso, o princípio ativo de um dos produtos não estaria protegido por patentes, de modo que outros agentes econômicos poderiam livremente ingressar no mercado. Já com relação ao segundo medicamento, haveria elevado grau de substituíbilidade, o que afastaria a alegação de monopólio.⁵⁷

4.5. Atos de Concentração Aprovados com Restrição

Conforme anteriormente mencionado, a pesquisa realizada retornou 83 atos de concentração envolvendo agentes atuantes no setor de medicamentos, dos quais apenas 03 sofreram restrições como condição para sua aprovação. Nossa análise se deterá sobre esses casos, sendo de se ressaltar, no entanto, que nos dois primeiros as restrições não se relacionavam diretamente ao setor de medicamentos.

No ato de concentração 08012.009079/2008-72, a restrição consistiu na obrigação das partes revisarem a cláusula de não-concorrência para compatibilizá-la com a jurisprudência consolidada do Cade, que fixa o seu prazo de vigência em, no máximo, cinco anos⁵⁸, devendo também ser restringida a sua abrangência geográfica ao “território no qual a empresa alienante tenha introduzido os produtos antes do negócio”.⁵⁹

O segundo caso, do mesmo modo, consistiu em uma exigência de que as partes retirassem do contrato frase que afirmava que “em nenhuma hipótese o resultado dessa submissão [do ato de concentração ao Cade] afetará a validade deste Contrato entre as partes contratantes”, que foi considerada nula pela Procuradoria do Cade por violar o § 7º do art. 54 da então vigente Lei 8.884/94, segundo o qual a eficácia dos atos de concentração se condicionava à aprovação do Cade.

⁵⁶ Em realidade, a hipótese se enquadraria em caso de inexigibilidade – e não dispensa – de licitação, tendo em vista a existência de representante comercial exclusivo (art. 25 da Lei 8.666/93). A distinção entre dispensa e inexigibilidade de licitação, no entanto, é irrelevante para a discussão concorrencial travada no Cade, tendo em vista que ambos os institutos apontam para a contratação direta, isto é, para a ausência de licitação.

⁵⁷ “A SDE afirmou que a configuração de infrações à ordem econômica pressupõe o dano à coletividade e à concorrência, o que não ocorreu no presente caso, uma vez que a condição detida pela United Medical advém da titularidade do registro na Anvisa. A Representada detém exclusividade para a comercialização dos medicamentos ULTRASE e ADEKS por se a titular dos respectivos registros, não se lhe podendo atribuir, por este motivo, qualquer prática que vise a limitar a concorrência. A Secretaria ainda ressaltou que o princípio ativo do ULTRASE, a pancrelipase, não é protegido por patente, não havendo impedimento para que outras empresas ingressem no mercado como concorrentes da representada. Já em relação ao ADEKS, esse é um produto com alto grau de substituíbilidade, o que não caracterizaria um monopólio” (voto do Conselheiro Relator Vinicius Marques de Carvalho, p. 3).

⁵⁸ Nesse sentido, dispõe a Súmula 5 da jurisprudência do Cade: “É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio”.

⁵⁹ Ato de concentração 08012.009079/2008-72, voto do Conselheiro Relator Olavo Chinaglia, j. em 4/3/2009.

Portanto, em realidade, foi encontrado apenas 01 ato de concentração em que as restrições à sua aprovação relacionaram-se diretamente com a dinâmica concorrencial do setor de medicamentos, razão pela qual sobre ele será realizada uma análise mais detida.

Trata-se do ato de concentração 08012.00319/2009-10, julgado em 19.05.2010, relativo à aquisição de 100% do capital social da Medley, indústria farmacêutica nacional líder no mercado de fabricação de genéricos para consumo humano no país – com 33,8% de *market share* à época da operação – pela Sanofi-Aventis, multinacional francesa, líder em valor de vendas no mercado brasileiro entre os fabricantes de medicamentos de referência⁶⁰. Apesar de já contar com um segmento dedicado aos genéricos, sua participação não superava, em 2008, 1,21%⁶¹.

Segundo o Conselheiro Relator César Mattos, após a operação em análise a Sanofi-Aventis/Medley se tornaria o laboratório farmacêutico com maior faturamento da indústria brasileira, líder tanto no segmento de medicamentos de referência quanto no de genéricos, atingindo 11,9% no mercado total de medicamentos voltados à saúde humana.

A inserção dos laboratórios especializados em medicamentos de referência no setor de genéricos é apontada pela União Europeia como um movimento de diversificação de portfólio de produtos e riscos.⁶² A preocupação com o aumento da participação dos laboratórios especializados em medicamentos de referência no segmento de genéricos, no Brasil, devia-se à baixa participação relativa do consumo desses em relação aos medicamentos de marca, comparativamente ao verificado nos países desenvolvidos, como Estados Unidos e Canadá, onde a participação dos genéricos é mais significativa.⁶³

Três aspectos merecem destaque nesse julgado por sua relevância e novidade relativamente a outras questões que já foram destacadas ao longo deste artigo.

Em primeiro lugar, após intenso debate, decidiu-se utilizar, para fins de definição do mercado relevante, a metodologia do sistema *Anatomical Therapeutic Chemical* (ATC), cuja principal vantagem é a possibilidade de rápido acesso aos dados estatísticos de mercado, uma vez que os mesmos são mantidos pelo IMS para uso comercial. A metodologia desenvolvida no estudo elaborado a pedido da SDE pela ANPEC/IPEA, já anteriormente referido, foi considerada refinada, porém de aplicabilidade complexa e custosa,⁶⁴ sem que o número de mercados relevantes que suscitam preocupações concorrenciais se altere significativamente.⁶⁵

O segundo aspecto consistiu na análise de questões passíveis de preocupação concorrencial no momento pós-operação, tais como a possibilidade de integração vertical, tendo em vista ser a Sanofi-Aventis produtora também de princípios ativos, e o exercício de poder de portfólio, pela diversidade de produtos ofertados por ambas.

Por fim, a análise estatística da evolução de *market share* e dos preços após a operação, ao fornecer dados sobre as condições de rivalidade, gerou preocupações concorrenciais em alguns mercados relevantes, o que ensejou a celebração de um Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) para eliminar os efeitos anticompetitivos da operação.

⁶⁰ Ato de Concentração 08012.00319/2009-10, voto do Conselheiro Relator Cesar Mattos, j. em 19/5/2010, p. 3.

⁶¹ Ato de Concentração 08012.00319/2009-10, voto do Conselheiro Relator Cesar Mattos, p. 3.

⁶² “Pharmaceutical Sector Inquiry – Final Report”. Julho de 2009. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html>.

⁶³ Ato de Concentração 08012.00319/2009-10, voto do Conselheiro Relator Cesar Mattos, p. 5.

⁶⁴ Ato de Concentração 08012.00319/2009-10, voto do Conselheiro Relator Cesar Mattos, p. 31 e 35.

⁶⁵ Ato de Concentração 08012.00319/2009-10, voto do Conselheiro Relator Cesar Mattos, p. 35.

O TCD propôs a alienação de certos medicamentos nos mercados afetados, cuidando para não ser uma medida desproporcional, tendo em vista a Sanofi-Aventis ser detentora de marcas internacionalmente comercializadas.

5. Conclusão

Após a análise das decisões do Cade relacionadas à investigação de condutas anticompetitivas no setor de medicamentos e aos atos de concentração nos quais foram impostas restrições à sua aprovação, algumas conclusões podem ser extraídas.

Em primeiro lugar, em contextos de setores que possuem preços regulados pelo governo, tenderão a não prosperar acusações de infração às normas de defesa da concorrência baseadas unicamente na alegação de prática de preços abusivos, desde que os agentes econômicos tenham realizado suas vendas em conformidade com os preços máximos permitidos pela legislação setorial e com base em decisões comerciais unilaterais (isto é, sem concertação). Nesses casos, estará criada uma hipótese de isenção concorrencial, tendo em vista que não compete ao Cade exercer a supervisão da regulação efetuada pela CMED nem tem aquela autarquia possibilidade de decidir ser um preço abusivo, ou um lucro arbitrário, desconsiderando a regulação setorial em vigor. Nessas hipóteses, será inexigível do agente econômico uma “conduta diversa”.

Igualmente, a presença de regulação de preços máximos torna improvável que prospere qualquer alegação de preço predatório, haja vista que, em uma realidade de acompanhamento estatal dos preços, o agente econômico não teria possibilidade de recuperar o “investimento” na predação.

A análise da jurisprudência revelou, ainda, que a necessidade de registro de produtos e seus fabricantes, distribuidores e revendedores na Anvisa constitui uma barreira à entrada legítima prevista na regulação setorial, de modo que não se pode sancionar um distribuidor por vender um medicamento de forma exclusiva, se o acordo de exclusividade apenas espelha que este é o único titular do necessário registro de importação e comercialização do produto junto ao ente regulador.

Por outro lado, a presença de preços regulados não impede que o Cade investigue e puna condutas praticadas pelos agentes econômicos que, por meio de atos volitivos e colusivos, ofendam a legislação concorrencial. Assim, por hipótese, ainda que os preços-teto sejam regulados, caso houvesse uma combinação, por determinado grupo de fabricantes, distribuidores ou revendedores, no sentido de praticarem sempre o preço-teto autorizado pela legislação setorial, essa combinação, em nosso entender, seria um cartel passível de punição à luz da Lei 12.529/2011. Essa foi a linha de argumentação seguida pelo Cade ao condenar a associação de drogarias do Distrito Federal.

Já no que tange aos atos de concentração, foi encontrado apenas um caso em que restrições à aprovação da operação decorreram de preocupações relacionadas à concorrência em mercados relevantes do setor de medicamentos antes e após a operação. Tratou-se de caso envolvendo líderes de mercado nos segmentos de genéricos e de referência, o que denota que pode haver relevantes questões concorrenciais na dinâmica entre ambos.

Portanto, conclui-se que a regulação setorial pode conformar a dinâmica concorrencial de determinados mercados, afastando a possibilidade de prática de algumas condutas anticompetitivas previstas na legislação de defesa da concorrência. Por outro lado, a presença da regulação setorial, mesmo que incidente sobre instrumentos-chave para a dinâmica dos mercados, como os “preços”, não impossibilita a prática de todas as espécies de condutas anticoncorrenciais

nesses mercados que, quando vislumbradas, deverão suscitar o exercício das competências do Cade.

6. Referências Bibliográficas

- Capanema, L. X., & Palmeira Filho, P. L. (2007). *Indústria Farmacêutica Brasileira: reflexões sobre sua estrutura e potencial de investimentos*. BNDES. Rio de Janeiro: BNDES.
- CPI. (2000). *Relatório da CPI-Medicamentos*. Câmara dos Deputados, Comissão Parlamentar de Inquérito. Brasília: Câmara dos Deputados.
- Exame. (2012). *As 500 maiores empresas do Brasil*. Acesso em Junho de 2012, disponível em Portal EXAME: <http://exame.abril.com.br/negocios/melhores-e-maiores/>
- Hovenkamp, H. (1999). *Federal Antitrust Policy*. St. Paul: The West Group.
- Lisboa, M., Fiuza, E., Viegas, M., & Ferraz, L. (2001). *Política Governamental e Regulação do Mercado de Medicamento*. Ministério da Fazenda, Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE. Brasília: SEAE.
- Mendes, G. F. (2010). *Curso de Direito Constitucional* (5ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- Motta, M. (2004). *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ragazzo, C. E. (Jan-Jun de 2011). Preço abusivo, eficácia jurídica e análise econômica: afinal, onde está a cabeça de bacalhau? *Revista do IBRAC*, 19, pp. 21-43.
- Safatle, L. P., Leal, J. C., Pereira, V. C., Barbosa, L. C., Uema, M. M., Oliveira, E. F., et al. (2003). *Procedimentos para a Definição e Análise Antitruste de Mercados Relevantes de Medicamentos*. Brasília: SDE.
- SEAE. (2002). *Guia Econômico para Análise de Preços Predatórios*. Ministério da Fazenda, Secretaria de Acompanhamento Econômico. Brasília: SEAE.
- Stiglitz, J. E., & Walsh, C. E. (2003). *Introdução à Microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus.
- Viscusi, W. K., Harrington, J. E., & Vernon, J. M. (2005). *Economics of Regulation and Antitrust* (4ª ed.). Cambridge: The MIT Press.