



Ministério da Justiça

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE

Gabinete do Conselheiro César Costa Alves de Mattos

DESPACHO GAB. CCAM Nº 9/2009

Medida Cautelar nº 08700.001711/2009-62

Requerentes: Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e Secretaria de Direito Econômico (SDE).

Conselheiro-Relator: César Costa Alves de Mattos.

I – BREVE HISTÓRICO DO ATO DE CONCENTRAÇÃO

Em 28 de abril de 2009, o Ato de Concentração 08012.003189/2009-10 foi submetido à análise do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, por parte das requerentes Sanofi-Aventis Farmacêutica Ltda., Sanofi-Aventis Comercial e Participações Ltda., Sanofi-Aventis Industrial e Participações Ltda. e Lotpar IV Participações Ltda.

A operação foi formalizada por meio do “Contrato de Compras de Ações”, celebrado em 7 de abril de 2009, que tem por objeto a aquisição de 100% do capital social da Medley S.A. Indústria Farmacêutica (controlada pela Lotpar IV Participações Ltda.) por Sanofi-Aventis Comercial e Participações Ltda. e Sanofi-Aventis Industrial e Participações Ltda., empresas do grupo Sanofi-Aventis no Brasil (“Compradoras”). Após a aquisição, o Grupo Sanofi-Aventis passará a ter o controle da Medley, cuja marca continuará a ser comercializada no mercado farmacêutico brasileiro.

Tendo por base a definição do mercado relevante em subclasses anatômicas terapêuticas (ATC4), as requerentes informaram que a Sanofi-Aventis atua em 94 subclasses terapêuticas e a Medley, em 83. Segundo informado:

- (i) a sobreposição horizontal ocorreria em 42 subclasses terapêuticas;
- (ii) das 42 subclasses terapêuticas, em apenas 19 a concentração seria superior a 20%, sendo 15 incluídas pelo critério de faturamento e 4, pelo critério de unidades;

(iii) dentre essas 19 subclasses terapêuticas, (a) 10 se refeririam a mercados nos quais a Sanofi-Aventis não detinha participação superior a 20%, antes da operação; (b) em 2, a Sanofi-Aventis já detinha participação superior a 20% do mercado, mas, com a operação, atingiu patamares significativos de *market share*; (c) e, nas demais subclasses terapêuticas em que houve sobreposição horizontal, embora a Sanofi-Aventis também detivesse participação de mercado superior a 20%, não haveria, segundo as requerentes, nexos causal entre o grau de concentração do mercado e a operação.

(iv) ante o exposto, a operação somente poderia ter gerado poder de mercado em 12 subclasses terapêuticas.

Sobre as demais sobreposições encontradas, as requerentes afirmam que não há possibilidade de geração de poder de mercado, pois a concentração não alcançaria o patamar legal de 20% de *market share* do art. 54, §3º da Lei n.º 8.884/94.

II – DO PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR

A SEAE e a SDE apresentaram a este Conselho, em 11 de maio de 2009, pedido de concessão de medida cautelar, por entenderem que a operação acarretará concentração horizontal que, além de implicar significativa alteração do cenário concorrencial, será de difícil reversão.

No requerimento apresentado pelas Secretarias, afirma-se que as requerentes não apresentaram, no Anexo I que instrui a exordial, as suas participações de mercado em todos os 42 mercados relevantes por elas identificados – informação essa, segundo a SEAE, essencial para a análise, ainda que *prima facie*, da validade dos dados e conclusões trazidos à colação. A apresentação das respectivas participações de mercado – relatam – só teria sido feita para as 12 subclasses terapêuticas nas quais, segundo as requerentes, houve a consolidação de posição dominante.

De todo modo, as Secretarias concluíram que, mesmo consideradas, apenas, as sobreposições sugeridas pelas requerentes, as participações de mercado resultantes são expressivas. Aliás, diga-se que, em 4 mercados relevantes apresentados pelas requerentes (A03F0, B01C2, N06DO, N07E0), a concentração resultante supera 50%. Em outros dois

(A15A0 e D07B1), as Secretarias foram taxativas em afirmar que a operação elevaria, significativamente, a probabilidade de exercício de poder coordenado. SEAE e SDE argumentaram, ainda, que as requerentes não teriam informado se o Grupo Sanofi-Aventis oferta algum princípio ativo no Brasil e/ou no mundo que poderia ser utilizado nos medicamentos fabricados pela Medley, ou vice-versa.

Outro aspecto importante é que a análise da substituição dos produtos de marca pelos genéricos revela que ambos integram o mesmo mercado relevante¹ e, como a presente operação representa, em muitos mercados, a aquisição de um concorrente produtor de genéricos por parte do fabricante da marca de referência, há, por parte das Secretarias, substancial preocupação quanto aos efeitos concorrenciais da operação.

Por tais argumentos, tanto a SEAE quanto a SDE concluíram que a operação em pauta suscita elevada probabilidade de prejuízo à concorrência, o que viabilizaria a atuação cautelar do SBDC para assegurar a sua reversibilidade.

III – PONDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS. MANIFESTAÇÃO DAS PARTES. DA NEGOCIAÇÃO DO APRO COM O CADE.

Por meio do Ofício CADE n.º 1.119/2009, de 20 de maio de 2009, as requerentes foram instadas a se manifestar sobre o requerimento das Secretarias para a concessão de medida cautelar. Como consequência, as requerentes solicitaram audiência, que veio a realizar-se, no CADE, em 18 de maio de 2009, com a presença de representantes do meu gabinete, da SDE, da SEAE e da ProCADE. O teor das informações prestadas pelas requerentes, na audiência, foi documentado e protocolado na mesma data.

Aduzem as requerentes que os requisitos para concessão de medida cautelar não estariam presentes. Sugerem que, definido o mercado relevante a partir das subclasses terapêuticas, em apenas 10 subclasses a operação teria gerado concentração superior a 20% e que, por subsequente, o controle dessa parcela de mercado não admitiria o abuso de posição dominante, pois: i) haveria efetiva rivalidade; ii) existiriam outros *players* competitivos; iii) o

¹ A Lei dos Medicamentos Genéricos - Lei n.º 9.787, de 1999 - traz os seguintes objetivos: estimular a concorrência e a variedade de oferta no mercado de remédios, melhorar a qualidade de todos os medicamentos, reduzir os preços e facilitar o acesso da população aos tratamentos. Sendo os medicamentos genéricos parte da política nacional de medicamentos, sua entrada no mercado incentiva a concorrência no setor farmacêutico.

mercado de genéricos estaria em crescimento; e iv) haveria substituíbilidade de produtos. Não estaria, assim, presente o requisito do *fumus boni iuris*, dado inexistirem condições para o exercício unilateral de poder de mercado.

Ademais, estaria ausente o *periculum in mora*. De acordo com as requerentes, no caso concreto haveria *periculum in mora* reverso, pois, concedida a cautelar, haveria grave risco de impor-se, às requerentes, dano irreparável ou de difícil reparação, consubstanciado na impossibilidade de implementar a recuperação financeira da empresa adquirida e/ou no incremento de custos privados para recuperar e manter os compromissos com fornecedores e clientes da empresa adquirida, em virtude de uma burocratização advinda da necessidade de se reportar previamente ao CADE para obter autorização com relação a esses atos. Argumentam, para tanto, que a aquisição teria interrompido um ciclo de problemas financeiros que colocavam a Medley na iminência de processo falimentar. Segundo as requerentes, caso a operação não se realizasse e a Medley saísse do mercado, o segmento de genéricos perderia um importante *player* e ocorreria uma maior concentração nesse mercado, uma vez que a sua participação seria repartida entre as outras empresas fabricantes de genéricos e não, como alegam ocorrer com a presente aquisição, transferida para empresa que atuaria, primordialmente, no segmento de medicamentos de marca e que estaria começando a investir no segmento dos genéricos.

As requerentes manifestaram, também, interesse em celebrar um Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação – APRO. Desse modo, em reuniões realizadas, seguidamente, neste Conselho, as requerentes manifestaram as suas preocupações quanto ao ônus que lhes seria imposto pela autoridade concorrencial se atendido o pleito das Secretarias, assim como apresentaram minuta de APRO.

Tanto o pedido de medida cautelar das Secretarias como as contraposições oferecidas pelas requerentes e a minuta de APRO apresentada foram discutidos da forma o mais exaustiva possível diante da premência e da celeridade da análise perfunctória cabível em sede de medida cautelar, sendo realizados progressos rumo à confecção de um instrumento que absorvesse a necessidade de proteger o interesse social presente na saúde pública, mas que não ignorasse a proporcionalidade entre o remédio e o potencial lesivo da operação.

Entretanto, não foi possível chegar a um acordo sobre determinadas preocupações deste Conselheiro-Relator e do SBDC, como um todo, diante daquilo que fora apresentado pelas

requerentes. É válido esclarecer que, embora não se tenha chegado a um bom termo com relação à assinatura de um APRO, o contraditório a que esteve sujeita a sua concessão, ainda que realizado sob a celeridade necessária, foi-me instrumental para definir limites mais adequados ao caso concreto – evitando impor custos desnecessários ao empreendedor.

IV – DOS REQUISITOS PARA A MEDIDA CAUTELAR

O ordenamento jurídico cunhou determinados mecanismos para evitar que a espera pela decisão final do julgador inviabilizasse a tutela aos direitos que visava proteger. Nesse sentido, a medida cautelar é o instrumento jurídico cabível, em sede de Ato de Concentração, para, ao preservar o *statu quo ante*, instrumentalizar a preservação da higidez da ordem econômica.

Essa garantia está assentada na Constituição Federal que, no seu artigo 170², aponta como fundamentos da ordem econômica a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, a partir da observância dos princípios da livre concorrência e defesa do consumidor. Ainda conforme o texto constitucional, no §4º do artigo 173³, incumbe à lei reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Remeta-se, outrossim, à Lei nº 8.884/94, cujo parágrafo único do artigo 1º reza que *esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de*

² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

³ 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.

iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Entre as medidas cabíveis para a realização do propósito de prevenção e repressão às infrações de ordem econômica estão a análise dos atos de concentração e o controle de condutas.

Da Lei nº 8.884/94, por ser lei federal específica, constam regras processuais para a instrumentalização das normas materiais. Contudo, havendo lacunas procedimentais, a letra da própria lei autoriza, no seu artigo 83⁴, aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e da Lei n.º 7.347/85, que, no seu artigo 5º, assegura ao CADE o poder geral de cautela:

*Artigo 5º. A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por **autarquia**, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que:*

*Inciso II – inclua, entre as suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, **à ordem econômica e à livre concorrência**, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico e paisagístico.*

Portanto, verificada a legitimidade do CADE em determinar cautelar em sede administrativa, a lei ainda lhe confere a utilização subsidiária da lei processual civil.

Ovídio A. Baptista da Silva⁵, com apoio em Calamandrei, leciona que o poder geral de cautela *corresponde ao conceito de medida cautelar como ‘polícia judiciária’ ou como o grupo de poderes que o juiz exerce para disciplinar a boa marcha do processo, preservando-lhe de todos os possíveis percalços que possam prejudicar a função e utilidade final de seu resultado.*

Da interpretação das normas contidas nos artigos 14, inciso XI, art. 9.º, inciso IV e art. 52 da Lei nº 8.884/94, que o legislador procurou dotar os órgãos responsáveis pela instrução (SDE) e julgamento (CADE) dos processos administrativos em matéria concorrencial de amplo poder cautelar para prevenir, em qualquer fase do processo, a coletividade de práticas que possam vir a causar ou que já estejam causando efeitos danosos à ordem econômica.

⁴ Art. 83. Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos na lei as disposições do Código de Processo Civil e das Leis. nº 7.347, de 24 de julho de 1985 e nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

⁵ Teoria Geral do Processo Civil, 4ª edição. São Paulo: Editora RT, 2008, pg. 355.

Com base nesse fundamento, uma análise teleológica da Lei nº 8.884/94 autoriza concluir que a *mens legis* transparecida no diploma concorrencial é a de investir os órgãos de defesa da concorrência no poder de aplicar medidas eficazes, de caráter urgente e provisório, com a finalidade de prevenir, cautelarmente, quaisquer atos que estejam gerando ou possam vir a gerar efeitos lesivos à ordem econômica.

Ademais, a possibilidade de adoção de medida cautelar pelo CADE também está prevista no artigo 132 e seguintes do Regimento Interno do CADE, aprovado pela Resolução n.º 45, de 28 de março de 2007:

Artigo 132. Admitir-se-ão Medidas Cautelares nas hipóteses e na forma prevista neste Regimento, sem prejuízo do disposto no Código de Processo Civil ou na Lei nº 8.884/94.

No controle preventivo de atos de concentração, como é o caso da operação que motiva a realização desta medida cautelar, é poder-dever do CADE, em havendo nexo causal entre o Ato de Concentração notificado e a plausibilidade de prejuízos à concorrência, utilizar os instrumentos que lhe foram atribuídos pela Lei nº 8.884/94. Como consequência, a presente cautelar prevê o monitoramento e restrições ao uso de ativos relevantes à concorrência pelas requerentes, restrições essas motivadas pela elevada probabilidade de que se configure nexo causal entre Ato de Concentração notificado e vultosos prejuízos à concorrência.

Sobre os requisitos para a concessão da medida cautelar, com efeito, o Estatuto Processual, em seu Livro III, trata do “Processo Cautelar”. *In verbis*:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

A aplicação do referido dispositivo ao processo administrativo⁶ concorrencial indica que o CADE, que detém poderes para aplicar medidas preventivas e temporárias no curso do processo administrativo, terá igualmente poderes para aplicar a medida cautelar no curso do

⁶ Leia-se processo administrativo na sua acepção ampla, e não como contraposição a ato de concentração (controle de condutas v. controle de estruturas).

trâmite do ato previsto no artigo 54 da lei de regência. Ressalte-se que o fato de a Lei nº 8.884/94 ter adotado o sistema de controle posterior não afasta o poder geral de cautela a autorizar a adoção de medidas excepcionais, quando presentes os requisitos legais. Tal argumento é corroborado, também, pelo art. 45, da Lei nº 9.784/99⁷, que admite a adoção de medidas acauteladoras, pela Administração Pública, em caso de risco iminente.

Portanto, o Conselheiro-Relator do CADE tem competência para aplicar medida cautelar no curso do ato apresentado nos termos do artigo 54, sempre que preenchidos os requisitos para a sua concessão, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

IV.1 – Do *fumus boni iuris*

Por *fumus boni iuris*, aplicável especificamente no âmbito antitruste, em sede dos atos de que trata o artigo 54 da Lei nº 8.884/94, entende-se a aparência do bom direito ou o fundamento relevante que indique a necessidade de intervenção dos órgãos antitruste, em razão de uma operação de concentração ter elevada probabilidade de suscitar prejuízos ao mercado e à coletividade.

Dessa forma, em uma análise, mesmo que preliminar, por este Conselho, verificado que a operação pode, potencialmente, conferir aos agentes econômicos nela envolvidos plenas condições de exercício abusivo de posição dominante e provocar, como consequência, prejuízo ao bem-estar do mercado e seus *stakeholders*, exsurge o *fumus boni iuris*, consistente no direito da coletividade à intervenção dos órgãos antitruste, visando proteger a sociedade de práticas mercadológicas que tenham potencial de limitar a livre concorrência ou causar-lhe prejuízo, ou que resultem na dominação de mercado relevante de bens ou serviços.

Segundo a boa doutrina processualista, contudo, o requisito da fumaça de bom direito exige somente que haja aparência do bom direito, dispensando prova substancial. Tal pode ser vislumbrado na lição de Humberto Theodoro Jr.⁸:

Para a ação cautelar, não é preciso demonstrar-se cabalmente a existência do direito material em risco, mesmo porque esse, freqüentemente, é litigioso e só terá sua comprovação e declaração no processo principal.

⁷ Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

⁸ Curso de Direito Processual Civil, volume II, 28ª edição. Pg. 234.

Nesse sentido, faz-se oportuno destacar o caráter urgente que envolve a cautelar - segundo as lições do jurista José Carlos Barbosa Moreira⁹, em razão *da possibilidade de ocorrerem situações em que a ordem jurídica se vê posta em perigo iminente, de tal sorte que o emprego das outras formas de atividade jurisdicional provavelmente não se revelaria eficaz, seja para impedir a consumação da ofensa, seja mesmo para repará-la de modo satisfatório.*

No presente Ato de Concentração, a presença do requisito do *fumus boni iuris* pode ser verificada pela análise abaixo, que, embora preliminar, é condizente com o acima explanado.

Com base apenas nos dados apresentados pelas requerentes no Anexo I e o aventado pelas Secretarias no requerimento, tem-se forte indicativo da ocorrência de elevadas concentrações, em termos de quantidade e valor, nas seguintes subclasses terapêuticas, no ano de 2008¹⁰:

Tabela 1
Ano de 2008 - Concentrações Horizontais Entre as Subclasses Terapêuticas das Requerentes: critério quantidade de valor.

CLASSE TERAPÊUTICA	QUANTIDADE	VALOR
A03F0	62,6%	54,1%
A15A0	44,8%	29,9%
B01C2	48,1%;	63%
G01A1	40,6%;	44,5%
N06DO	85,4%;	86,6%
N07E	97,4%;	58,3%

Fonte: SEAE/SDE

Ora, ante a análise dos dados trazidos pela Tabela 1, cumpre concluir pela consolidação de participações de mercado nada triviais nos segmentos analisados. Some-se a isso que as informações prestadas pelas requerentes no Anexo I à peça inicial não traziam informações

⁹ In: O Novo Processo Civil Brasileiro, 19ª ed.. P. 301.

¹⁰ A SDE e a SEAE observaram que as concentrações dos mercados foram auferidos de acordo com os dados dos autos, contundo, sem prejuízo de outros mercados verificados posteriormente na instrução.

relativas às participações de mercado na maior parte dos mercados relevantes em que foram verificadas sobreposições horizontais.

Observe-se que as requerentes postularam restringir o escopo da cautelar aos mercados relevantes baseados nas subclasses terapêuticas por elas identificadas como particularmente afetados pela operação. Essa medida, no entanto, carece de plausibilidade.

Primeiro, cabe enfatizar a dificuldade inerente à delimitação de mercados relevantes no setor farmacêutico. Estudo encomendado pela SDE, especificamente para este fim, intitulado **Procedimentos para a Definição e Análise Antitruste de Mercados Relevantes de Medicamentos**¹¹, confere uma idéia da complexidade do tratamento dispensado ao segmento de medicamentos. Mesmo adotando apenas um conjunto menor de todos os passos recomendados nesse estudo, não há dúvida de que a delimitação de mercados no setor está longe de ser trivial, requerendo tempo mínimo de amadurecimento, que não prescinde da consulta a profissionais das áreas afetadas. Como destaca o guia:

O procedimento mais adequado para sanar esses problemas de definição de mercado relevante é a utilização de prescrições terapêuticas do medicamento, com, principalmente, a identificação de protocolos de tratamento utilizados pela classe médica brasileira e/ou internacional. Mas, desde o princípio, o objetivo não pode ser apenas o de identificar os substitutos teóricos do medicamento em análise, mas sim aqueles reconhecidos pelo mercado.

Assim, a delimitação do mercado relevante baseada na classe anatômica terapêutica, tal como realizada pelas requerentes, constitui tão-somente uma primeira aproximação daquele exercício. O mercado relevante pode ser um subconjunto dessa classe ou, mesmo, envolver medicamentos de mais de uma classe ou subclasse terapêutica. Como afirma o estudo encomendado pela SDE:

Fármacos de uma subclasse anatômica podem não ser substitutos de outros fármacos dessa mesma subclasse, ou esses fármacos podem ser substitutos de fármacos de outras subclasses anatômicas.

¹¹ Contrato SDE/MJ n 01/2003 ANPEC-IPEA. De Safatle, Leandro; Leal, João; Pereira, Viviane; Barbosa, Luiz; Uema, Manoela; Oliveira, Eduardo; Castro, Bruno.

Essa dificuldade peculiar do setor de medicamentos não constitui convicção nova deste relator. Em artigo de 2003¹², baseado em jurisprudência do CADE gerada pelo Ato de Concentração 34/95, realizo algumas considerações sobre estes pontos:

Das fases da análise convencional de um ato de concentração, a definição do mercado relevante tendeu a ser a mais difícil em vista das características específicas do setor. De fato, a definição do mercados relevantes no setor apresenta peculiaridades bastante acentuadas, sendo que algumas delas já haviam sido trabalhadas em outros atos de concentração anteriores analisados pelo CADE¹³. Uma das principais conclusões das análises procedidas nesses casos foi de que as possibilidades de substituição e o mercado relevante não poderiam ser confundidos apenas com a divisão em classe e/ou sub-classes terapêuticas e essa premissa se constituiu em ponto chave da análise do caso Allergan-Frumtost.....

Conforme já tratado em outros atos de concentração no CADE, a divisão por classes terapêuticas foi tomada como uma primeira aproximação ao exercício de delimitação do mercado relevante e não como o mercado relevante em si. Em sede do AC 34/95, particularmente, o artigo retrocitado mostra como a análise do CADE passou de seis classes terapêuticas para quinze mercados relevantes.

Pode-se dizer que, em geral, a delimitação de mercados relevantes no setor de medicamentos envolve um grau de incerteza inicial muito mais pronunciado que a média dos mercados analisados pelas autoridades de concorrência. Essa foi uma das razões destacadas pelas Secretarias no pedido da cautelar e que já foi confirmada, inclusive, em jurisprudência do CADE, conforme acima exposto. Assim, é razoável admitir que o número de mercados que tenham uma perda substancial de concorrência seja maior que os sete trazidos pelas requerentes. Isto, de um lado, torna os potenciais efeitos anticompetitivos de curto prazo significativos. De outro lado, o custo de desinvestir e separar, posteriormente, um conjunto

¹² Mattos, César: “Concentração no Setor Farmacêutico: A Aquisição da Frumtost pela Allergan”. “A Revolução Antitruste no Brasil: O Papel da Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos”. Editora Singular - São Paulo. Novembro de 2003.

¹³ Ver os relatórios dos Atos de Concentração nº 36/95 (Glaxo do Brasil & Wellcome-Zeneca), nº 32/94 (Smithkline Beecham & Sterling Winthrop), e nº 47/95 (Laboratórios Silva Araújo Roussel S/A & Merrell Lepetit Farmacêutica e Industrial Ltda.).

maior de medicamentos da Medley que tenha ficado de fora da cautelar e que, portanto, foi-se fundindo, de uma maneira mais concreta, com as operações da Sanofi-Aventis, também será maior. Na verdade, podemos entender que a medida cautelar está desenhada de forma tal a minimizar a seguinte equação:

$$\text{Custo Total} = \text{Custo Potencial do Efeito Anticompetitivo da Operação (A)} + \text{Custo Gerencial Privado da Medida Cautelar (B)} + \text{Custo da Eventual Desconstituição Total ou Parcial da Operação (C)}$$

Note que os três conjuntos de custos são realizados durante períodos e momentos diferentes. (A) O custo potencial do efeito anticompetitivo da operação começa a se realizar do momento da operação até a concessão da Medida Cautelar. Assim, quanto mais cedo for determinada a cautelar, menores serão estes custos até a decisão final do CADE. Quanto mais forte for a separação administrativa/operacional imposta entre as atividades da adquirente e da adquirida pela Cautelar, menores deverão ser estes eventuais custos durante o período posterior à realização da Cautelar até a decisão final. De qualquer forma, tanto antes quanto depois da Cautelar, o custo potencial do efeito anticompetitivo tende a ser mitigado pela própria cautela das requerentes em não passar uma imagem negativa para as autoridades de concorrência sobre as conseqüências da operação. Assim, eventuais condutas anticompetitivas – aumentos de preços, entre outras – tendem a ser, voluntariamente, restritas pelas próprias partes.

No presente caso, essa preocupação com o custo potencial do efeito anticompetitivo da operação deve estar, particularmente, viva: ao lidar com a saúde pública. Uma eventual reversibilidade dos efeitos nocivos da operação sobre o mercado e, em particular, sobre o consumidor, envolve a própria irreversibilidade dos danos infligidos à sociedade, não rara vez associados à situação terminal de determinados pacientes.

De outro lado, também cabe avaliar (B) o custo privado gerado pelas restrições impostas pela Cautelar. Afinal, em geral, a necessidade de uma determinação coercitiva da autoridade competente decorre da ausência de um voluntário compromisso dos administrados. E, por sua vez, a ausência do caráter voluntário decorre (a) da mitigação do eventual poder de mercado obtido por meio da operação ou (b) da redução da eficiência gerencial da empresa.

Sob a perspectiva da redução temporária do poder de mercado alcançada pela Cautelar, fala-se de ganho social, já discutido no item anterior. A diferença é que as perdas sociais geradas pelo poder de mercado são maiores que os ganhos privados daquele que dele se apropria. Assim, não há dúvida quanto à existência de um custo líquido positivo do poder de mercado para a sociedade como um todo. Ponderando mais fortemente a função objetivo do consumidor em relação à da firma, tal custo líquido se torna ainda maior. O custo privado relevante para a autoridade, portanto, deve ser, apenas, aquele referente à eventual redução da eficiência gerencial da empresa.

Por fim, o objetivo de (C) mitigar o custo da eventual desconstituição da operação tende a ser aquele mais enfatizado pela autoridade de concorrência, tendo em vista que o seu impacto visa garantir a própria eficácia *ex nunc* da decisão final da autoridade. Diferentemente do custo potencial do efeito anticompetitivo da operação, que trata especificamente dos eventuais efeitos nocivos provocados pela operação sobre o mercado, a mitigação da desconstituição da operação envolve preocupação premente com a separabilidade dos ativos, expressa constantemente pela máxima *unscrambling the eggs*¹⁴. Nesse sentido, quanto mais amplo puder ser o alcance da decisão final do Ato de Concentração – por exemplo, com a determinação de venda de unidades fabris ou de desinvestimento em determinados ativos -, maior deverá ser o escopo da cautelar, no presente momento, visando a diminuição desse custo. Procuramos, portanto, nesta cautelar, balancear os efeitos esperados desses três itens, levando em conta, na medida do possível, o cotejo entre o pedido formulado e as informações e esclarecimentos oferecidos pelas requerentes desde a apresentação da operação até a sua proposta de APRO.

Quanto às importações independentes, em função das barreiras institucionais à importação direta no mercado público, bem como em razão das dificuldades, inclusive regulatórias, em importar, encontradas no mercado privado, há inquestionável barreira à entrada de medicamentos importados no país.

Mesmo com patentes expiradas, remanescem fontes de barreiras à entrada no setor. Como enfatizado em Mattos (2003), *“há elevada lealdade à marca, especialmente por parte dos médicos, exigindo alto investimento em propaganda junto à classe médica.... no caso de farmacêuticos, essa barreira é grande para qualquer empresa fora do grupo das empresas de*

¹⁴ “Separar ovos mexidos”.

maior reputação.....Já no caso dos genéricos, conforme o estudo do ECIB (1993), o marketing e a capacidade inovativa possuem um papel de menor importância, o que tende a reduzir as barreiras à entrada neste segmento. No entanto, não se deve concluir por uma contestabilidade ampla e irrestrita nesta categoria de medicamentos com patentes expiradas..... No mercado de medicamentos éticos (com prescrição médica), o consumidor e o tomador da decisão de consumo são agentes diferentes. Efetivamente, quem toma a decisão de consumir tal ou qual medicamento é o médico e não o paciente. O problema é que o médico tende a ser muito menos sensível a preços do que o paciente consumidor. Mais do que isso, o médico tende a ser muito leal à marca e à empresa, independente da existência de substitutos perfeitos, genéricos ou não. Isso é verdade especialmente no Brasil onde há o natural temor da classe médica com os mecanismos de controle de falsificação de medicamentos, haja vista o notório caso do anticoncepcional de farinha. De acordo com Scherer (1993): **‘(...) o consumidor de medicamentos em mercados éticos é constantemente excluído...da decisão quanto a que produto comprar. A combinação de consumidor substituto [médico prescritor em lugar do cliente], informação imperfeita (...) torna a procura por medicamentos maior e menos elástica ao preço do que de outro modo seria, conferindo considerável poder de mercado aos vendedores de medicamentos de boa aceitação [pelo prescritor]’.**¹⁵(tradução livre)

Pelo exposto, considerando o elevado índice de concentração decorrente da operação e às barreiras à entrada de medicamentos, inclusive importados, conclui-se pela alta potencialidade de dano à concorrência resultante da operação apresentada ao SBDC, envolvendo Sanofi-Aventis Farmacêutica Ltda., Sanofi-Aventis Comercial e Participações Ltda., Sanofi-Aventis Industrial e Participações Ltda. e Lotpar IV Participações Ltda, motivo pelo qual se entende presente o requisito do *fumus boni iuris*. Portanto, a presença do requisito de *fumus boni iuris* fica evidenciada quando se soma o elevado índice de concentração provocado pela operação à dinâmica desses mercados – e, em especial, à própria dinâmica produtiva das unidades fabris da Medley que estão sendo adquiridas.

Observe-se, contudo, que a análise trazida acima sobre o custo potencial do efeito anticompetitivo da operação e sobre a mitigação da desconstituição da operação contemplam,

¹⁵ (...) the prescription drug consumer is often removed... from product decision making. The combination of physician decision-making, imperfect information (...) makes drug demand stronger and less price-elastic than it might otherwise be, conferring considerable monopoly power upon the sellers of well-accepted drugs.

essencialmente, análise quanto à tempestividade da concessão do remédio cautelar e, portanto, inserem-se, mormente, como argumento do *periculum in mora*, como ora veremos.

IV.2 – Do “*periculum in mora*”

Por *periculum in mora*, aplicável também no âmbito antitruste, entende-se o receio de dano irreparável ou de difícil reparação ao mercado, merecendo a suspensão *in limine* do fato que o provoca para preservar a função e a utilidade final do resultado do feito. No caso, tratando-se de direito difuso, o dano a ser verificado é o dano ao mercado e à própria coletividade.

A necessidade de adoção de medida cautelar, em atos de concentração, decorre, principalmente, da possibilidade de alterações irreversíveis ou de difícil reversibilidade, decorrentes da efetivação da operação, inclusive com efeitos em relação a terceiros. Tais alterações acabam por dificultar ou impossibilitar as restrições e medidas resultantes da intervenção dos órgãos de defesa da concorrência ao final da análise do processo, onerando, excessivamente, a efetividade de uma decisão pela reprovação da operação ou que imponha condições para a aprovação, em prejuízo à sociedade, como um todo.

Segundo Humberto Theodoro Jr.¹⁶, o *periculum in mora* pode ocorrer *quando haja o risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo principal*. Em se tratando de antitruste, o receio de alteração da estrutura do mercado, no decorrer da análise do ato pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, fundamenta a adoção da cautelar – especialmente no presente caso, cuja complexidade envolve um grande número de mercados de difícil delimitação, situação que leva à dilação do tempo de análise pelos órgãos da concorrência.

Sobre a necessidade de aplicação da cautelar, são emblemáticas as palavras de Cândido Rangel Dinamarco¹⁷:

O tempo é inimigo do processo e o seu decurso destempera a boa qualidade do provimento jurisdicional, quando a demora deste traz prejuízos, sofrimentos, ansiedades e quando o provimento tardo acaba por se tornar

¹⁶ Op. cit., Pg. 235.

¹⁷ In: Nova Era do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2004, Pg.59

dispensável ou, quiçá, inútil. Por isso é que o Direito Processual em sua disciplina positiva e na interpretação correta que se espera dos tribunais e demais destinatários, há de ser um sistema equilibrado entre dois ideais: de um lado o zelo pela perfeição e boa qualidade dos resultados do processo; de outro, a preocupação pela celeridade. Não importa que, em nome desta, algum risco se corra de imperfeição na prestação jurisdicional, desde que o sistema ofereça, em compensação, meios idôneos para a correção de eventuais erros. As normas processuais hão de equilibrar adequadamente a exigência de certeza com o risco de errar, contentando-se às vezes, com a mera probabilidade da ocorrência de certos fatos ou da existência de um direito, para que se possa sempre extrair do processo o melhor resultado útil possível; é assim que o bom instrumento deve servir aos fins a que se destina. Portanto, é necessário que se evitem delongas que favoreçam o perdurar do estado de violação de direitos protegidos, sendo a celeridade do processo cautelar co-essencial à própria garantia, como contrapeso da agilidade que o princípio da auto-executoriedade confere à atividade administrativa.

Da análise preliminar da estrutura deste mercado, denota-se que as condições apresentadas para esta operação poderão ter sério impacto sobre (i) o processo concorrencial neste mercado e (ii) sobre o bem-estar do consumidor. A esse respeito já me posicionei, acima, ao tratar do custo potencial do efeito anticompetitivo da operação e da mitigação da desconstituição da operação. A análise do processo concorrencial nesse mercado demanda ainda, uma análise final, e não menos importante, acerca da separação dos ativos produtivos – segundo as requerentes, argumento favorável a que se restringisse a cautelar apenas aos mercados relevantes em que elas apontaram haver elevada concentração de mercado.

Entendo que, mesmo se esse argumento das requerentes sobrevivesse aos argumentos já expostos, ou seja, ainda que a delimitação dos mercados relevantes apresentados pelas requerentes tivesse seguido, à risca, o estudo encomendado pela SDE acerca das prescrições terapêuticas e que tivessem sido apresentados, na inicial, dados com relação à maioria dos mercados relevantes em que se verificou sobreposição horizontal, mesmo nesse caso (i) a

presença de plantas multi-produto¹⁸ e (ii) o subsequente trânsito de informações comerciais sensíveis impediriam a plena separação de ativos e estratégias comerciais.

Mesmo que houvesse um grau de certeza bem maior em relação à delimitação dos mercados relevantes, a redução do escopo da cautelar aos mercados relevantes preliminarmente tidos como problemáticos do ponto de vista concorrencial também esbarraria em questões de ordem prática, as quais não foram superadas e esclarecidas de forma suficiente pelas requerentes. Como proceder a uma intervenção seletiva sobre produtos com um conjunto de ativos comuns significativo? Afinal, a produção de todos os medicamentos acontece nas mesmas plantas da Medley. Está longe de ser trivial como se procederia, na prática, à separação ou isolamento da gestão dos ativos que geram produtos problemáticos do ponto de vista concorrencial. A existência de gerências distintas para produtos distintos não representa barreira suficiente para assegurar separação transparente que, efetivamente, garanta a reversibilidade da operação – em especial quando os diferentes gerentes partilham de acesso às mesmas áreas de produção, incluindo o centro produtivo do concorrente. Isto indica ser, operacionalmente, difícil reduzir o custo privado (item B) gerado pela cautelar, podendo inclusive comprometer, na prática, a redução do custo relativo ao item C.

Note-se que a existência de plantas multi-produto gera um *periculum in mora* específico, relacionado à proteção da discricionariedade da intervenção do CADE e com a própria garantia da reversibilidade da operação e da eficácia de eventuais restrições impostas. Conforme acima demonstrado, o processo cautelar é também um instrumento que deve se voltar para garantir que o CADE, em sua decisão, possa intervir e impor todas as restrições e remédios que entender cabíveis à mitigação do dano à concorrência. Dessa forma, para a garantia da eficácia futura da decisão final do Conselho, justifica-se, neste momento, a ampliação do alcance da medida para todos os medicamentos produzidos, dadas a existência de plantas multi-produto, a possibilidade de trânsito de informações comerciais sensíveis, bem como a ausência de mecanismos suficientes para garantir a manutenção da efetiva separação da produção com relação a cada um dos medicamentos.

Por outro lado, o possível *periculum in mora* reverso alegado pelas requerentes não resta configurado. Primeiro, porque as próprias requerentes manifestaram que a intenção da

¹⁸ Como expresso no parecer do professor Humberto Ferraz, enviado pelas requerentes, por correio eletrônico, em 1º de junho de 2009, *a fabricação de diferentes produtos farmacêuticos numa mesma linha de produção faz parte da rotina de uma unidade produtora de medicamentos*.

Sanofi é fazer da Medley uma subsidiária integral e a separação determinada na presente medida em nada afetaria essa intenção, uma vez que são preservados todos os ativos que seriam definitivamente apropriados no caso da aprovação da operação. Além disso, resta mantida e preservada a produção e a própria estrutura industrial da Medley, ao se permitir que a Sanofi possa tomar todas as medidas para o saneamento da Medley e para o cumprimento e continuidade das obrigações financeiras e contratuais da empresa adquirida.

Desse modo, o perigo da demora fica evidenciado quando a extensão do período de tempo para apreciação final da operação tornar inútil a intervenção do CADE para a proteção da coletividade. Ante os dados trazidos pelas requerentes e aos estudos a que tive acesso até o presente momento, parece-me inegável o prejuízo que pode decorrer da demora de intervenção pela autoridade pública, sobretudo com relação a uma eventual reversibilidade da operação, razão pela qual, munido de *fumus boni iuris* e observado o *periculum in mora*, entendo por bem conceder esta medida cautelar.

V – CONCLUSÃO

Portanto, por entender que estão presentes os requisitos legais do *fumus bono iuris* e do *periculum in mora*, concedo Medida Cautelar necessária para prevenir efeitos anticompetitivos derivados da operação, preservando assim, a capacidade deste Conselho apreciá-la de forma eficaz.

Determino às partes a adoção das seguintes medidas:

- (i) As partes devem-se abster de praticar, até o julgamento final do Ato de Concentração, quaisquer novos atos decorrentes do contrato já realizado que modifiquem, injustificadamente, a estrutura, as condições ou as características do mercado em vigor no momento, tais como:
 - a. Realização de qualquer alteração de natureza societária;
 - b. Fechamento ou desativação, ainda que parcial, de pessoas jurídicas pertencentes à adquirida;

- c. Dispensa de mão-de-obra e transferência de pessoal entre os estabelecimentos de produção, distribuição, comercialização e pesquisa da adquirida e/ou entre adquirida e adquirente, quando objetivando a integração das empresas das requerentes;
- d. Cessação de uso de marcas e outros ativos;
- e. Alteração das formas de apresentação e comercialização dos produtos, tais como quantitativo de comprimidos por caixa;
- f. Dar causa à alteração de relações contratuais com terceiros;
- g. Integração entre as estruturas administrativas da adquirente e da adquirida;
- h. Alteração das estruturas e práticas de pesquisa, produção, distribuição e comercialização;
- i. Adoção de políticas comerciais uniformes;
- j. Utilização dos dossiês e demais documentos que compõem o processo de registro de medicamentos genéricos junto à ANVISA, detidos pela outra parte (adquirente ou adquirida), para obtenção de titularidade de medicamentos em seu nome;
- k. Troca de informações de comercialização dos produtos, exceto naquilo que for estritamente necessário para o planejamento da recuperação da empresa adquirida.

§1º. O CADE decidirá, preliminarmente à sua realização, pela pertinência ou não de justificativas à prática das medidas acima arroladas na primeira sessão subsequente à apresentação do requerimento pelas requerentes, desde que tal justificativa seja apresentada pelas partes no prazo de até quarenta e oito horas antes da referida sessão.

§2º Em caso de urgência, requerimentos extemporâneos poderão, a critério do relator, ser levados para apreciação do Plenário, na sessão estipulada no parágrafo anterior.

(ii) Serão admitidas, sem a necessidade de submissão prévia ao relator, as seguintes alterações:

- a. Normalização do processo de produção e da cadeia de abastecimento;
- b. Retomada de compras de matérias-primas e insumos em geral;
- c. Renegociação com fornecedores;
- d. Normalização da distribuição e da comercialização de produtos;
- e. Saneamento de dívidas com fornecedores, distribuidores e demais débitos que comprometam a continuidade da produção;

- f. Regularização das dívidas tributárias e conseqüente recuperação dos benefícios fiscais cancelados ou suspensos;
- g. Aporte de recursos para desenvolvimento de novos produtos/novas apresentações;
- h. Acesso às informações referentes às condições financeiras da empresa adquirida.

(iii) No prazo de trinta dias da notificação desta cautelar, as requerentes deverão submeter à aprovação pelo CADE o nome do indicado para servir como gestor independente para a Medley, de modo a preservar as relações concorrenciais previamente existentes à operação;

§1º O gestor indicado nos termos do item (iii) acima não deverá manter/ter tido qualquer vínculo jurídico e/ou societário com as requerentes nos últimos 5 (cinco) anos.

§2º Caberá ao gestor indicado nos termos do item (iii) acima apresentar relatórios bimestrais comprovando o cumprimento das medidas previstas nos itens (i) e (ii) acima.

§3º Deverão as Compradoras, 10 (dez) dias após a nomeação do gestor indicado nos termos do item (iii) acima, apresentar relatório detalhado das medidas previstas nos itens (i) e (ii) acima que tenham sido adotadas até então;

§4º As despesas referentes aos serviços do gestor independente bem como as demais diligências então decorrentes ficarão a cargo da Compradora.

- (iv) A presente medida cautelar poderá ser revista a qualquer tempo, por iniciativa do CADE ou a pedido das requerentes, se for comprovado que não subsistem os requisitos que motivaram a sua concessão, ou que as medidas adotadas se revelarem insuficientes para a garantia da preservação das condições de reversibilidade do Ato de Concentração.
- (v) O descumprimento de quaisquer das obrigações estabelecidas, declarado pelo Plenário do CADE, será punido com multa diária, que será inscrita em dívida ativa, de 100.000 (cem mil) UFIRs por item desrespeitado, sem prejuízo das demais sanções civis e criminais cabíveis, além da execução judicial da presente decisão, que constitui título executivo extrajudicial para todos os fins de direito.

Determino, ainda, que qualquer futura modificação nos acordos de acionistas seja submetida previamente para análise do SBDC, de modo a evitar que os princípios de reversibilidade da operação aqui estipulados sejam desfigurados ou que aspectos omissos sejam sanados.

A presente medida cautelar conservará a sua eficácia até o julgamento do mérito do Ato de Concentração pelo Plenário CADE, podendo, porém, a qualquer momento, ser revogada ou ter o seu conteúdo modificado.

Determino, também, que sejam extraídas cópias do presente despacho para o seu envio à SEAE, à SDE e às Requerentes, que ficam desde já intimados. Nos termos do art. 134 do Regimento Interno do CADE, a medida cautelar será processada em apenso aos autos do Ato de Concentração.

A presente medida cautelar tem efeitos imediatos a partir da sua ciência pelas partes e será submetida ao Plenário do CADE na 445ª Sessão Ordinária de Julgamento, a realizar-se em 17 de junho de 2009, nos termos do art. 136, §2º do Regimento Interno do CADE.

Encaminhem-se, desde já, os autos à ProCADE, para parecer até a sessão de homologação da presente cautelar.

Brasília, 3 de junho de 2009.

CÉSAR COSTA ALVES DE MATTOS
Conselheiro-Relator