



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO
DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA

Protocolado: 08012.004365/2010-66
Natureza: Procedimento Administrativo
Representante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Representados: Farmácia Frei Rogério, Farmácia Santa Bárbara, Farmácia Vital, Farmácias Nossa Senhora Aparecida, Farmácia Atual, Farmácia Graciosa, Farmácia Sul Brasil, Farmácias Moderna, Farmácias São João.

Senhora Coordenadora Geral,

OBJETO DA NOTA TÉCNICA

A presente nota técnica tem por objetivo analisar se os fatos deduzidos na denúncia que deu origem ao presente Procedimento Administrativo constituem fortes indícios de infração à ordem econômica a autorizar a abertura de processo administrativo, nos termos da Lei nº 8.884/94.

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de Procedimento Administrativo instaurado em 26.04.2010, a partir de ofício enviado à SDE pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina – Centro de Apoio Operacional do Consumidor, que noticiou acerca de acordo firmado entre farmácias e drogarias da cidade de Curitiba/SC para definir qual dia da semana cada estabelecimento concederia descontos para a compra de medicamentos (acerto de um sistema de “rodízio”). No documento enviado pelo Ministério Público, destaca-se o seguinte trecho:

“É importante destacar que outras farmácias/drogarias da cidade de Curitiba, numa verdadeira afronta ao princípio constitucional da livre concorrência, resolveram implantar um sistema de ‘rodízio’ entre os estabelecimentos participantes, onde a cada dia da semana um deles detém a legitimidade de conceder descontos nos medicamentos” (fls. 09 dos autos).

2. O ofício veio instruído com cópia da Ação Civil Pública nº 022.09.000323-5 que denunciou tal fato (fls. 05-36), contendo, inclusive, fotos que evidenciam a prática nos estabelecimentos ora Representados. Das fotos contidas nos documentos enviados à SDE, destaca-se a foto que indica o cronograma do funcionamento do sistema de rodízio entre as farmácias (fls. 26):

Foto 01

Cronograma do Sistema de Rodízio entre as Farmácias



DIAS	FARMÁCIAS
SEGUNDA	FREI ROGERIO SANTA BARBARA VITAL
TERÇA	APARECIDA MATRIZ APARECIDA FILIAL 1 APARECIDA FILILA 2
QUARTA	ATUAL GRACIOSA SUL BRASIL
QUINTA	MODERNA MATRIZ MODERNA FILIAL 1 MODERNA FILIAL 2
SEXTA	SÃO JOÃO MATRIZ SÃO JOÃO FILIAL 1 SÃO JOÃO FILIAL 2

Fls. 26 dos autos / Documento constante da Ação Civil Pública.

3. Em 03.05.2010, a SDE fez diligência por meio de ligação telefônica, contatando as Farmácias Frei Rogério, Vital, Aparecida, Atual, Graciosa, Sul Brasil, Moderna e São João com o intuito de confirmar a prática do “rodízio” entre as farmácias, obtendo, **em todos os casos**, respostas positivas quanto à realização desta sistemática (relatório da diligência às fls. 37/38 dos autos)¹.
4. Em 17.05.2010, a SDE fez nova diligência telefônica com o objetivo de verificar qual a porcentagem de desconto concedido pelas farmácias no sistema de rodízio estabelecido. Em resposta, todas as farmácias contatadas informaram que o percentual de desconto a ser concedido no “dia do desconto” era de 20% (fls. 39/40 dos autos).
5. Este é o relatório.

¹ Das representadas, a SDE somente não contactou a Farmácia Santa Bárbara, tendo a companhia telefônica informado que o telefone desta empresa não mais está em funcionamento. Segundo informações obtidas pela Internet, a Farmácia Santa Bárbara foi colocada à venda.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

II. ANÁLISE

6. O objeto desta nota técnica é analisar se os fatos trazidos ao conhecimento da SDE pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina constituem indícios de práticas infringentes à ordem econômica passíveis de enquadramento na Lei nº 8.884/94.

7. Em conformidade com o art. 20 da Lei nº 8.884/94, há que se verificar se o fato suscitado pelo Representante tem por objeto ou aptidão a produção de quaisquer dos efeitos ali previstos, quais sejam: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens e serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou ainda exercer de forma abusiva posição dominante.

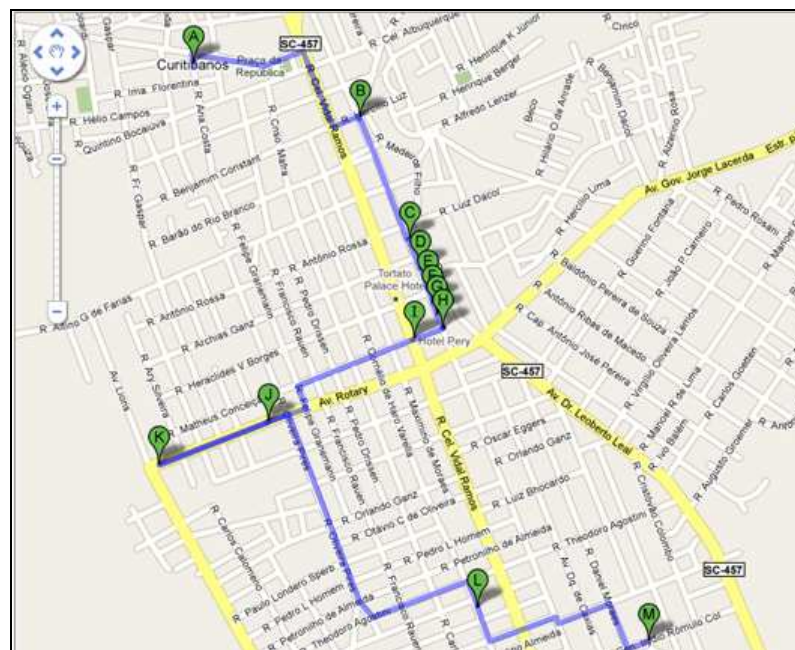
II.1 Mercado Relevante

8. O fato investigado refere-se à adoção de sistemática de “rodízio” entre as farmácias, mediante acordo, para a determinação do dia da semana em que cada farmácia concede um maior percentual de desconto. Assim, entende-se que o mercado relevante sob a ótica do produto pode ser definido como o **setor varejista de medicamentos**, incluídos os estabelecimentos comerciantes, ou seja, farmácias e drogarias.

9. No tocante à dimensão geográfica, a suposta conduta anticoncorrencial ocorre na cidade de Curitiba, que é um município de cerca de 40.000 habitantes do Estado de Santa Catarina. A figura abaixo mostra a disposição geográfica das farmácias representadas:

Figura 01

Mapa da Cidade de Curitiba/SC com a Localização das Farmácias Representadas



Fonte: Google Maps



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO
DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA

- | | |
|---|---|
| A Farmácia Frei Rogério | H Farmácia São João |
| B Farmácia Nossa Senhora Aparecida | I Farmácia Graciosa |
| C Farmácia Vital | J Farmácia Atual |
| D Farmácia Moderna | K Farmácia Moderna |
| E Farmácia Santa Bárbara | L Farmácia Nossa Senhora Aparecida |
| F Farmácia Nossa Senhora Aparecida | M Farmácia São João 2 |
| G Farmácia Sul Brasil | |

10. Desta feita, o mercado relevante geográfico pode ser definido como sendo a **cidade de Curitiba/SC**.

II.2 Dos Fortes Indícios de Infração à Ordem Econômica:

11. A prática investigada diz respeito à possível ocorrência de conluio entre as farmácias e drogarias da cidade de Curitiba/SC, para estabelecer um sistema de “rodízio” para definir qual dia da semana cada farmácia poderia praticar um maior percentual de desconto na venda de medicamentos para o consumidor final. Essa prática, se comprovada, é passível de configurar infração à ordem econômica, nos termos do inciso I do art. 20 c/c inciso I do art. 21, todos da Lei nº 8.884/94. *In verbis*:

Art. 20. 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; [...]

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

I – fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços [...]” (g.n.).

12. Os documentos apresentados à SDE pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, especialmente as fotos juntadas aos autos, não deixam dúvidas sobre a existência de um sistema de rodízio entre as farmácias representadas para determinar qual dia da semana cada uma concederia maiores percentuais de descontos para a venda de medicamentos (fotos às fls. 25/36).

13. A diligência por meio de ligação telefônica realizada pela SDE comprovou a existência do sistema de rodízio entre as farmácias de Curitiba/SC (fls. 37/38). Todas as atendentes das farmácias contatadas confirmaram a existência de um dia da semana, no qual cada

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

farmácia poderia conceder um desconto maior. Nos outros dias da semana, afirmaram que poderiam conceder um desconto menor. A única exceção foi a Farmácia Nossa Senhora Aparecida, que informou ter implementado um “cartão fidelidade” de forma que concederia descontos diariamente.

14. Da diligência realizada pela SDE, destaca-se a afirmação da atendente da Farmácia Moderna que, ao ser questionada sobre o motivo pelo qual poderia dar um desconto maior em apenas um dia da semana, respondeu que: **“foi combinado que cada dia uma farmácia pode dar desconto e quinta-feira é o nosso desconto”** (g. n.) (fls. 38).

15. Além da combinação para acertar um sistema de rodízio para estipular o dia da semana em que cada farmácia poderia dar um desconto maior, a diligência telefônica feita pela SDE trouxe fortes indícios de que as farmácias representadas acertaram também o percentual máximo do desconto a ser concedido no “dia do desconto” de cada farmácia. Assim, todas as farmácias contatadas informaram que o desconto a ser concedido é de 20%, sendo que o atendente da Farmácia Atual afirmou que: **“dependendo do medicamento é de 10 a 20%, mas q combinado é 20%, ninguém pode dar mais que isso”** (g. n.) (fls. 39).

16. Portanto, os documentos constantes nos autos trazem fortes indícios de que as farmácias representadas não somente fizeram um acerto para determinar que apenas uma farmácia poderia conceder um percentual maior de desconto em um determinado dia da semana, mas também acertaram o percentual máximo de desconto a ser concedido nesse dia.

17. Observe-se que o município de Curitiba/SC é de pequeno porte e que as farmácias representadas localizam-se próximas uma das outras, conforme pode ser visualizado na Figura 01. Disso decorre que os consumidores, em sua grande maioria, têm conhecimento do rodízio de descontos e que não enfrentam grandes custos para se deslocar para a “farmácia do dia do desconto”. Dessa forma, **há fortes indícios de que o sistema de rodízio aqui investigado é passível de prejudicar/eliminar a concorrência via preços entre as farmácias, na medida em que estipula uma espécie de alocação de vendas entre as farmácias por dia da semana. Essa prática tem forte potencial de regular o mercado de venda de medicamentos, destruindo/diminuindo os incentivos para uma concorrência efetiva entre as farmácias. Cria-se uma proteção artificial para todos os agentes do mercado, inclusive para aqueles pouco eficientes.**

18. Nesse sentido, cita-se o entendimento de Nelson Azevedo Branco e Celso de Albuquerque Barreto sobre a prática de cartel:

“O cartel tem como precípua objetivo eliminar ou diminuir a concorrência e conseguir o monopólio em determinado setor de atividade econômica. Os empresários agrupado em cartel tem por finalidade obter condições mais vantajosas para os partícipes, seja na aquisição da matéria-prima, seja na conquista de mercados consumidores, operando-se, desta forma, a eliminação do processo normal de concorrência.”² (g. n.).

19. Cabe observar que – ao contrário do sistema de rodízio comumente realizado entre farmácias de um município para determinar qual dia cada uma deve ficar de plantão 24

² BRANCO, BARRETO (1964) *apud* FORGIONI, Paula A. *Op cit.*, pág. 399.

horas – o sistema de rodízio aqui investigado aparentemente não possui qualquer justificativa razoável, que não seja a eliminação/diminuição da concorrência via preços e a proteção dos agentes econômicos atuantes no mercado. Ora, um sistema capitalista, onde vigora a disciplina do livre mercado, caracteriza-se justamente pela competição entre os agentes econômicos, sendo que a capacidade de correr riscos faz parte dessa dinâmica, não podendo dela ser dissociada, sob pena de provocar perdas para a sociedade como um todo.

20. Do acima exposto, entende-se pela presença de fortes indícios de infração à ordem econômica por parte das farmácias representadas a autorizar a abertura de processo administrativo, nos termos do art. 20, I, c/c art. 21, I, ambos da Lei nº 8.884/94.

II.3 - Da Necessidade da Adoção de Medida Preventiva:

21. Em face do relatado, analisa-se, *in casu*, o cabimento de adoção de medida preventiva. Deve-se levar em conta que a medida preventiva na Lei Brasileira de Defesa da Concorrência não tem em vista a proteção direta de um concorrente e sim do bem-estar coletivo, ou seja, do interesse público.

22. Feita esta consideração, passa-se a analisar se estão presentes os requisitos legais para a concessão da medida preventiva, nos termos do art. 52 da Lei nº 8.884/94, quais sejam:

- (i) a aparência do bom direito (*fumus boni iuris*) e
- (ii) o perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado (*periculum in mora*).

II.3.1 - Da presença do “fumus boni iuris”

23. Por *fumus boni iuris*, aplicável no âmbito antitruste em sede de condutas de que trata a Lei nº 8.884/94, entende-se a aparência do bom direito que indica a necessidade de intervenção, *in limine*, das autoridades de defesa da concorrência, em razão da presença de indícios de que determinada conduta esteja causando ou possa vir a causar os efeitos anticompetitivos previstos no referido diploma legal³.

24. Conforme já consignado nesta Nota Técnica, há fortes indícios de infração à ordem econômica, consubstanciados na prática de acordo entre concorrentes para estipular um sistema de rodízio com o dia da semana em que cada farmácia poderia conceder descontos maiores na venda de medicamentos e para fixar o percentual máximo de desconto a ser concedido nesse dia.

25. Vale lembrar que os agentes econômicos que integram o mercado relevante em questão devem fixar seus preços livremente, de acordo com as regras do livre mercado. Neste

³ Nas palavras de Humberto Theodoro Jr., o *fumus boni iuris* trata de uma constatação perfunctória da *plausibilidade do direito material em risco*, dispensando-se, num momento inicial, prova cabal de sua existência. THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 371.

contexto, a indigitada sistemática de “rodízio” entre as farmácias detém o potencial de provocar o funcionamento do mercado de forma artificial, em inobservância aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, em prejuízo do consumidor final.

26. Portanto, vislumbra-se presente o requisito legal do *fumus boni iuris* a autorizar a concessão da medida preventiva.

II.3.2 - Da presença do “*periculum in mora*”

27. O requisito do perigo da demora consiste na iminência da produção de lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado em virtude da possível infração identificada, de forma a demandar uma atuação estatal imediata, ante o perigo da irreversibilidade do prejuízo causado no mercado pelas Representadas.

28. Numa análise preliminar, o sistema de rodízio acertado pelas farmácias representadas e a fixação do percentual máximo de desconto a ser concedido produzem efeitos irreparáveis ou de difícil reparação no mercado, na medida em que: (i) criam uma regulação artificial no mercado de revenda de medicamentos com a possível proteção de agentes econômicos pouco eficientes, ficando aquele mercado privado dos ganhos de eficiência (preços mais baixos, maior qualidade no atendimento etc) advindos de uma efetiva concorrência entre os agentes econômicos atuantes no mercado; e (ii) impedem que os agentes econômicos concedam percentuais de descontos superiores aos 20% estabelecido pelo acordo, o que causa prejuízos imediatos e de difícil reparação aos consumidores.

29. Dessa feita, entende-se presente o requisito legal do *periculum in mora* a demandar uma atuação imediata da autoridade, de forma a restabelecer as condições concorrenciais no mercado varejista de medicamentos de Curitiba/SC.

II.3.3 - Do escopo da medida preventiva

30. Presentes os requisitos autorizadores da concessão da medida preventiva, é importante avaliar qual medida melhor restaura as condições concorrenciais do mercado relevante objeto de investigação.

31. Em vista do exposto e como forma de manter as condições de livre concorrência no mercado de revenda de medicamentos em Curitiba/SC, entende-se pela necessidade de concessão de medida preventiva para determinar às Representadas que:

- (i) Cessem imediatamente qualquer forma de combinação com o fim de estipular o dia da semana em que cada farmácia concederá descontos, pondo fim à sistemática de “rodízio” ora adotada;
- (ii) Cessem imediatamente a determinação de percentual de desconto a ser aplicado por cada farmácia, ficando as farmácias livres para adotarem o percentual que desejarem;

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

- (iii) Retirem em 01 (um) dia útil a contar da notificação desta decisão todos os materiais, tais como cronogramas e adesivos, que informem ao público sobre o sistema de rodízio com a divisão de dias para a concessão de descontos máximos pelas farmácias, como a Foto 01 constante desta nota técnica; e
- (iv) Abstenham-se de qualquer forma de comunicação entre as Representadas relativa a variáveis comercialmente sensíveis, como preços, política de descontos, margem, áreas de atuação e condições de pagamento.

32. Tendo em vista a gravidade dos fatos verificados e a capacidade econômica das Representadas, sugere-se ainda, a fixação de multa, em caso de descumprimento da medida preventiva, no valor de R\$ 10 mil (dez mil reais) por evento e por dia de descumprimento, cumulativamente, até a decisão final do processo administrativo.

III. CONCLUSÃO

33. Ante o exposto, em razão da existência de fortes indícios de infração à ordem econômica, recomenda-se a instauração de processo administrativo em desfavor das Farmácias Frei Rogério, Farmácia Santa Bárbara, Farmácia Vital, Farmácias Nossa Senhora Aparecida, Farmácia Atual, Farmácia Graciosa, Farmácia Sul Brasil, Farmácias Moderna, Farmácias São João, na cidade de Curitiba/SC, a fim de ser investigada conduta passível de enquadramento no art. 20, I, c/c art. 21, I, ambos da Lei nº 8.884/94.

34. Entende-se também pela necessidade de intervenção imediata da autoridade antitruste no mercado como forma de evitar danos irreparáveis ou de difícil reparação à livre concorrência. Sugere-se assim a concessão de medida preventiva para determinar às Farmácias Frei Rogério, Farmácia Santa Bárbara, Farmácia Vital, Farmácias Nossa Senhora Aparecida, Farmácia Atual, Farmácia Graciosa, Farmácia Sul Brasil, Farmácias Moderna, Farmácias São João que:

- (i) Cessem imediatamente qualquer forma de combinação com o fim de estipular o dia da semana em que cada farmácia concederá descontos, pondo fim à sistemática de “rodízio” ora adotada;
- (ii) Cessem imediatamente a determinação de percentual de desconto a ser aplicado por cada farmácia, ficando as farmácias livres para adotarem o percentual que desejarem;
- (iii) Retirem em 01 (um) dia útil a contar da notificação desta decisão todos os materiais, tais como cronogramas e adesivos, que informem ao público sobre o sistema de rodízio com a divisão de dias para a concessão de descontos máximos pelas farmácias, como a Foto 01 constante desta nota técnica; e

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

(iv) Abstenham-se de qualquer forma de comunicação entre as Representadas relativa a variáveis comercialmente sensíveis, como preços, política de descontos, margem, áreas de atuação e condições de pagamento.

35. Tendo em vista a gravidade dos fatos verificados e a capacidade econômica das Representadas, sugere-se ainda a fixação de multa, em caso de descumprimento da medida preventiva, no valor de R\$ 10 mil (dez mil reais) por evento e por dia de descumprimento, cumulativamente, até a decisão final do processo administrativo.

36. Estas as conclusões.

À consideração superior.
Brasília, 18 de maio de 2010.

MARIANA CARVALHO DE MIRANDA
Chefe de Divisão da CGSI

De acordo. À consideração da Senhora Diretora do DPDE.
Brasília, 18 de maio de 2010.

ALESSANDRA VIANA REIS
Coordenadora Geral da CGSI

De acordo. À consideração da Senhora Secretária de Direito Econômico.
Brasília, 24 de maio de 2010.

ANA PAULA MARTINEZ
Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica