

**Ministério da Justiça - MJ****Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE**

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4 Ed. Carlos Taurisano, 3º andar - Bairro Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70770-504
Telefone: (61) 3221-8516 - www.cade.gov.br

Recurso em Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração nº 08700.006335/2017-83

Representante: Cesar Mesquita de Oliveira

Representados: SM Empreendimentos Farmacêuticos S.A. e
All Chemistry do Brasil Ltda.

Advogados: Leonardo Maniglia Duarte, Alberto Afonso Monteiro, Thaianie Vieira Fernandes de Abreu e outros.

Relatora Conselheira **Polyanna Ferreira Silva Vilanova**

**VOTO
(VERSÃO PÚBLICA)**

EMENTA: Recurso em Procedimento Administrativo de Apuração de Ato de Concentração (APAC). Contrato de Compra e Venda de Quotas e outras avenças. Operação não notificada ao CADE. Hipótese de submissão não obrigatória, em face do não enquadramento no disposto no art. 88, incisos I e II, da Lei nº 12.529/2011. Mercado de distribuição de insumos farmacêuticos – segmento magistral. Participação elevada de mercado relevante. Possíveis impactos negativos à concorrência. Exercício da

faculdade de
requisição de
submissão de
operação em até um
ano da data da
consumação previsto
no art. 88, §7º da Lei
nº 12.529/2011. Não
provimento do
recurso. Requisição
de notificação da
operação em 30 dias.

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de Recurso interposto pela SM Empreendimentos Farmacêuticos Ltda. (“SM Empreendimentos” ou “Recorrente”) contra o Despacho SG nº 948/2018, proferido pelo Superintendente-Geral Substituto em 31 de julho de 2018, por meio do qual acolheu os termos da Nota Técnica nº 8/2018/CGAA5/SGA1/SG/CADE e determinou a notificação ao CADE da operação realizada entre a Recorrente e a All Chemistry do Brasil Ltda. (“All Chemistry”, conjuntamente com a SM Empreendimentos, “Representadas”).
2. Em 10 de outubro de 2017, a SG/CADE tomou conhecimento de suposta operação envolvendo a SM Empreendimentos (à época denominada Fagron Empreendimentos e Participações Ltda.) e a All Chemistry, por meio de denúncia^[1] oferecida via canal Clique Denúncia (disponível no website do CADE). De acordo com a denúncia formulada pelo Sr. Cesar Mesquita de Oliveira (“Sr. Cesar Mesquita” ou “Representante”), após a operação, o grupo da SM Empreendimentos estaria “*monopolizando as distribuidoras e importadoras de insumos para farmácias de manipulação, dificultando a livre concorrência*”.
3. Com base nessas informações, a SG/CADE abriu o procedimento nº 08700.006355/2017-83 para apurar as informações apresentadas pelo Representante.
4. Visando obter esclarecimentos sobre a realização da suposta operação envolvendo as Representadas, a SG/CADE enviou os seguintes Ofícios: 1193/2018^[2], 1659/2018^[3] e 2190/2018^[4].
5. Em resposta aos referidos ofícios, as Representadas informaram que foi celebrado, em 29 de setembro de 2017, o Contrato de Compra e Venda de Quotas e Outras Avenças (“Contrato” ou “Operação”), pelo qual a SM Empreendimentos adquiriu a totalidade do capital social da All Chemistry. Ressaltaram que o fechamento da Operação se deu em 11 de outubro de 2017, por meio da 7ª Alteração e Consolidação do Contrato Social da All Chemistry.
6. Quanto à obrigatoriedade da notificação do Contrato, nos termos da Lei de Defesa da Concorrência, as Representadas informaram que os grupos envolvidos na Operação não teriam atingido os critérios de faturamento previstos na referida lei, não sendo, portanto, obrigatória a sua submissão ao CADE. Por essa razão, solicitaram o arquivamento do procedimento.
7. Diante dos fatos narrados e seguindo o procedimento previsto na Resolução CADE nº 13/2015, a SG/CADE instaurou Procedimento Administrativo de Apuração de Ato de Concentração (“APAC”) em 18 de maio de 2018^[5], para apurar eventual infração ao disposto no art. 88, §§ 3º e 4º da Lei nº 12.529/2011 e art. 147, §§ 1º e 2º do Regimento Interno do CADE.
8. Em manifestação final, as Representadas reiteraram a argumentação de que a Operação não seria de notificação obrigatória e justificaram que os efeitos concorrenciais resultantes seriam limitados, em virtude da baixa participação de mercado da All Chemistry no segmento de distribuição de insumos. Requisitaram, novamente, o arquivamento do APAC e reforçaram a desnecessidade de notificação da Operação ao CADE.
9. Em 20 de julho de 2018 foi realizada uma reunião com os representantes legais da SM Empreendimentos, para obtenção de esclarecimentos adicionais sobre o caso.
10. Em 31 de julho de 2018, foi proferido Despacho SG nº 948/2018, por meio do qual o Superintendente-Geral Substituto acolheu os termos da Nota Técnica nº 8/2018/CGAA5/SGA1/SG/CADE, entendendo não ser o Contrato de submissão obrigatória ao CADE, mas determinando a notificação da Operação ao CADE, nos termos do art. 88, § 7º da Lei nº 12.529/2011.

11. No mesmo dia, a SM Empreendimentos tomou ciência da decisão^[6] e em 15 de agosto de 2018 interpôs o presente Recurso.

12. Na 176ª Sessão Ordinária de Distribuição, realizada em 16 de agosto de 2018, o presente Recurso em APAC foi distribuído à minha relatoria.

É o relatório.

II. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

13. Como já esclareci em outras oportunidades, o juízo de admissibilidade de um recurso perpassa por sete requisitos que a doutrina^[7] elenca como necessários para que este seja conhecido. Tais requisitos são divididos em extrínsecos e intrínsecos. Os requisitos intrínsecos dizem respeito à própria existência do poder de recorrer, enquanto os extrínsecos dizem respeito ao modo de exercer tal poder.

14. Os requisitos intrínsecos são: cabimento, legitimidade recursal, interesse recursal e inexistência de ato impeditivo de recurso (desistência, renúncia ou aquiescência). Os requisitos extrínsecos são: tempestividade, preparo e regularidade formal.

15. O cabimento diz respeito à possibilidade legal de manifestação de irrisignação em relação a um ato. No presente caso, o art. 13, §5º da Resolução CADE nº 13/2015 prevê a possibilidade de interposição de recurso ao Tribunal Administrativo do CADE para questionar decisão da SG/CADE que determine a notificação de operação que não preencha os requisitos de submissão obrigatória. Dessa forma, resta satisfeito o primeiro requisito.

16. Quanto à legitimidade recursal, esta diz respeito a quem pode interpor o recurso. Segundo o dispositivo legal acima mencionado, são legítimos para interpor recurso contra a decisão da SG/CADE as empresas participantes do ato de concentração. Como a SM Empreendimentos é parte do Contrato, dispõe de legitimidade recursal e, portanto, o recurso interposto também cumpre tal requisito.

17. O interesse recursal trata sobre o binômio necessidade-adequação. A necessidade se evidencia pelo prejuízo que o recorrente alega sofrer em caso de manutenção da decisão. No presente caso, tendo em vista que a decisão da SG/CADE foi no sentido de obrigar as partes a notificarem uma operação que não se enquadra nos requisitos de submissão obrigatória e que, segundo as partes, não haveria impacto concorrencial que justificasse a obrigação de notificá-la, entendo ser o recurso o único meio cabível para evitar o prejuízo de eventual *over enforcement* por parte do CADE no ambiente concorrencial. Assim, também se verifica o cumprimento desse terceiro requisito.

18. A inexistência de ato impeditivo de recorrer trata sobre a não existência de renúncia, desistência ou aquiescência por parte da Recorrente. No caso, não existe, até o presente momento, nenhum ato da SM Empreendimentos nesse sentido, o que demonstra o preenchimento do último requisito intrínseco.

19. Finda a análise dos requisitos intrínsecos de admissibilidade recursal, passo agora à análise dos requisitos extrínsecos. A tempestividade é o requisito que diz respeito ao prazo para que o recurso seja interposto. Na presente situação, esse prazo é de 15 dias, contado a partir da ciência da decisão proferida pela SG/CADE. Verifica-se que o presente Recurso é tempestivo, pois a Recorrente tomou ciência da decisão da SG/CADE em 31 de julho de 2018 e interpôs o Recurso em 15 de agosto de 2018.

20. O preparo diz respeito ao pagamento de um custo financeiro para a interposição do recurso. O instrumento de recurso previsto nas legislações concorrenciais não prevê valor de custas. Isso significa que, no atual arcabouço legal do Direito Concorrencial não há previsão de preparo recursal, sendo este, portanto, gratuito.

21. Por fim, a regularidade formal exige uma fundamentação que combata a fundamentação da decisão recorrida, bem como o arrolamento dos pedidos no próprio recurso. Em linhas gerais, o Recurso interposto cumpre o requisito formal específico de solicitação de reparo da decisão proferida pela SG/CADE, ao alegar que a Operação, além não ser de submissão obrigatória, não seria capaz de gerar efeitos negativos ao mercado afetado, tendo em vista a ausência de nexos de causalidade entre a Operação e a atual participação de mercado da SM Empreendimentos.

22. Considerando esta motivação apresentada e diante do preenchimento de todos os requisitos formais, conheço do Recurso e passo a analisar o mérito.

III. ANÁLISE DA OBRIGATORIEDADE DE SUBMISSÃO AO CADE

23. Conforme determina os incisos I e II do art. 88 da Lei nº 12.529/2011, são de submissão obrigatória ao CADE os atos de concentração nos quais um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado faturamento bruto igual ou superior a R\$ 750 milhões, e um outro grupo relacionado à operação tenha faturamento bruto igual ou superior a R\$ 75 milhões. Em ambos os casos, o faturamento deve ser referente ao ano anterior à operação e ao faturamento obtido no Brasil.

24. Após instrução realizada pela SG/CADE, concluiu-se que as empresas que fariam parte do grupo econômico da Recorrente no momento da Operação, nos termos do art. 4º da Resolução CADE nº 02/2012, seriam: Florien Fitoativos Ltda. (anteriormente denominada Flores e Ervas Comércio Farmacêutico Ltda.) e Fagron Technologies Ltda. (anteriormente denominada Alternate Sistemas e Informática Ltda.). As Representadas esclareceram, ainda, que em 2012 houve a aquisição das empresas Pharma Nostra Comercial Ltda., Teçaberaba Participações Ltda. e Via Farma Importadora Ltda., todas incorporadas pela SM Empreendimento, posteriormente.

25. De acordo com as informações das Representadas, o faturamento do grupo econômico da SM Empreendimentos, considerando a composição de empresas acima descrita, foi de R\$ 412.035.855,38 [**ACESSO RESTRITO ÀS REPRESENTADAS**], em 2016.

26. Já em relação à All Chemistry, as Representadas informaram que a empresa era detida por duas pessoas físicas – Cintia Regina Maestre Paschoal e Rodrigo Umburanas Paschoal – as quais não possuíam participações em outras empresas cujo faturamento combinado atingisse os critérios de submissão obrigatória de atos de concentração. O faturamento da All Chemistry, em 2016, foi correspondente a R\$ 22.371.794,97 [**ACESSO RESTRITO ÀS REPRESENTADAS**].

27. Considerando as informações acima, verifica-se que o faturamento da SM Empreendimentos, em 2016, ficou em valor abaixo do patamar de R\$ 750 milhões de faturamento, porém acima do faturamento de R\$ 75 milhões. Já o faturamento da All Chemistry ficou abaixo de ambos os critérios constantes dos incisos I e II do art. 88 da Lei n. 12.529/2011.

28. Pelo exposto, concordo com o entendimento apresentado pela SG/CADE em sua nota técnica e concluo que os grupos envolvidos na Operação não atingiram os critérios de faturamento determinados no art. 88 da Lei nº 12.529/2011, caracterizando, com base nesse critério, uma operação de submissão não obrigatória a este Conselho.

IV. ANÁLISE PARA REQUISICÃO DE SUBMISSÃO AO CADE

29. Conforme apurado acima, a Operação não se enquadra nos requisitos estabelecidos no art. 88, incisos I e II da Lei nº 12.529/2011, relativos ao valor mínimo de faturamento auferido pelos grupos envolvidos no ano anterior à operação, no Brasil.

30. No entanto, o art. 88, § 7º da referida Lei faculta ao CADE a possibilidade de requerer a submissão de operações que não preenchem os requisitos legais de notificação obrigatória, *in verbis*:

Art. 88, § 7º. É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão de atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.

31. Tal hipótese legal foi regulamentada pela Resolução CADE nº 13/2015. De acordo com o art. 12 da referida Resolução, verificados os critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública, poderá a SG/CADE instaurar APAC. Após realizar instrução, poderá a SG/CADE decidir pelo arquivamento do procedimento ou pela determinação de notificação da operação.

32. Tendo em vista essa faculdade que é dada à Administração Pública e considerando algumas particularidades do mercado afetado, bem como o histórico de concentração do setor, a SG/CADE concluiu que seria importante apurar com maiores detalhes as eventuais repercussões concorrenciais que podem afetar o bem-estar social em decorrência da Operação.

33. De forma oposta, as Representadas entendem que a Operação não desperta preocupações concorrenciais, considerando a baixa participação de mercado da All Chemistry e o fato de ser pré-existente à Operação a participação de mercado da SM Empreendimentos. Ou seja, não haveria nexo de causalidade entre a operação de aquisição da All Chemistry e a participação de mercado detida pelo grupo da Recorrente, o que afastaria qualquer preocupação concorrencial decorrente da Operação e, conseqüentemente, a necessidade de submetê-la ao CADE.

34. Essa é a irresignação apresentada pela Recorrente no presente Recurso, que passo a analisar.

IV.1 O mercado de distribuição de insumos farmacêuticos

35. Tanto a SM Empreendimentos quanto a All Chemistry atuam no mercado de distribuição de insumos farmacêuticos, com foco no segmento magistral. Suas atividades envolvem a aquisição dos insumos farmacêuticos em barricas, em geral via importação, para depois realizar o fracionamento desses insumos em quantidades menores e, por fim, realizar a venda para clientes do segmento de farmácias de manipulação.

36. Conforme apresentado pela SG/CADE, não há jurisprudência deste Conselho quanto ao mercado relevante em questão.

37. As Representadas argumentam que seria possível analisar o mercado relevante sob a dimensão produto em dois cenários distintos: tanto poderia ser adotada uma visão mais abrangente, quanto uma segunda visão mais restrita. Para o cenário mais abrangente, o mercado poderia ser definido como o de distribuição de insumos farmacêuticos como um todo, ou seja, considerando todos os clientes de insumos fracionados, não apenas as vendas para as farmácias de manipulação. Já em um cenário mais restrito e conservador, o mercado relevante consideraria apenas a distribuição de insumos farmacêuticos fragmentados para o segmento magistral, que seria o foco de atuação de ambas as empresas.

38. De acordo com as Representadas, muitos agentes atuam no fornecimento de matéria-prima à indústria farmacêutica, inclusive para as farmácias de manipulação. Segundo elas, agentes que ingressaram no mercado como um todo também passaram a atuar na distribuição de produtos a farmácias de manipulação. Como exemplo, mencionam as empresas Capsugel Brasil, Chemyunion, Midelt e Copermed.

39. Em relação a esse processo, as Representadas alegam que *“as empresas que distribuem insumos para outros clientes que não farmácias de manipulação (como clientes da indústria farmacêutica) poderiam facilmente migrar para o segmento magistral e passar a distribuir (e muitas efetivamente o fazem) esses insumos para farmácias de manipulação. Para tanto, precisam apenas incluir na sua atividade a etapa de fracionamento dos insumos em menores quantidades, uma vez que, para atender a clientes da indústria farmacêutica, os insumos são distribuídos em grandes quantidades tal como adquiridos dos fabricantes (em barricas), sem a necessidade de fracionamento. A atividade de fracionamento de insumos é relativamente simples, não demandando tecnologias complexas ou outros tipos de conhecimento específico”*.

40. Assim, entendem que, sob a ótica da oferta, há um elevado grau de substituição entre os produtos fornecidos para a indústria farmacêutica como um todo e os insumos para o segmento magistral. Isso porque, agentes econômicos que fornecem insumos para a indústria farmacêutica como um todo podem, facilmente, passar a fornecer os mesmos insumos, de forma fracionada, para o segmento magistral. Esse aspecto seria um facilitador para a entrada de novos concorrentes no mercado.

41. Em relação ao cenário mais conservador, as Representadas alegam que as empresas que atuam no fornecimento de produto para farmácias de manipulação fracionam e distribuem qualquer tipo de insumo, razão pela qual não haveria necessidade de segmentar esse mercado por tipos de insumo.

42. Apesar dos argumentos apresentados pelas Representadas sobre a possibilidade de definição do mercado relevante de forma mais ampla, concordo com o posicionamento da SG/CADE e, portanto, utilizarei o cenário mais conservador para essa análise preliminar. Entendo que esse posicionamento é mais adequado para a situação atual de análise preliminar, tendo em vista a ausência de definição anterior por este Conselho, bem como ser esse o foco das empresas SM Empreendimentos e All Chemistry.

43. Nesse cenário, considerando os dados fornecidos pelas próprias Representadas, a estrutura de mercado é a seguinte:

TABELA 01 – MERCADO NACIONAL DE DISTRIBUIÇÃO DE INSUMOS FARMACÊUTICOS PARA SEGMENTO MAGISTRAL

[ACESSO RESTRITO ÀS REPRESENTADAS]

44. A análise da estrutura de mercado apresentada acima revela que, à época da Operação, a SM Empreendimentos contava com *market share* de [40-50%] **[ACESSO RESTRITO ÀS REPRESENTADAS]**, enquanto a All Chemistry representava apenas [0-10%] **[ACESSO RESTRITO ÀS REPRESENTADAS]**. Como bem apontado pela SG/CADE, a participação de mercado da Recorrente, antes da Operação, era superior à soma da participação individual dos outros nove concorrentes, sem levar em consideração a participação da All Chemistry. Essa participação conjunta resulta em [40-50%] **[ACESSO RESTRITO ÀS REPRESENTADAS]**.

45. Em decorrência da Operação, o grupo da SM Empreendimentos passou a deter [40-50%] [**ACESSO RESTRITO ÀS REPRESENTADAS**] do mercado, reforçando ainda mais sua posição de liderança, que foi sendo consolidada ao longo dos anos, conforme passarei a descrever a seguir.

IV.2 Histórico de aquisições realizadas pela SM Empreendimentos

46. Ao longo de quase uma década, a SM Empreendimentos efetuou diversas aquisições de empresas que reforçaram a atuação de seu grupo no ramo de distribuição de insumos para farmácias de manipulação. Ao todo, foram sete empresas que passaram a integrar o grupo da Recorrente, por meio de seis operações, sintetizadas a seguir:

- a. Dez/2010: a empresa Fagron adquiriu a totalidade do capital social da SM Empreendimentos (previamente denominada DEG Importação de Produtos Químicos Ltda.);
- b. Jul/2011: a empresa Fagron adquiriu a totalidade do capital social da Pharma Nostra Comercial Ltda.;
- c. Mai/2012: a empresa Fagron adquiriu a totalidade do capital social da Teçaberaba Participações Ltda., por sua vez titular de 100% do capital social da Via Farma Importadora Ltda., que também passou a integrar o grupo Fagron;
- d. Nov/2012: a empresa Fagron adquiriu a totalidade do capital social da Flores e Ervas Comércio Farmacêutico Ltda.;
- e. Nov/2013: a empresa SM Empreendimentos (atual denominação da Fagron) adquiriu a Alternate Sistemas e Informática Ltda (atualmente denominada Fagron Technologies Ltda.); e
- f. Set/2017: a empresa SM Empreendimentos adquiriu a totalidade do capital social da All Chemistry.

47. As diversas operações envolvendo as empresas do grupo da Recorrente nos últimos oito anos não atenderam os requisitos de notificação obrigatória ao CADE, a despeito de um possível efeito concentracionista que pode ser atrelado a estes atos, conforme bem destacado pela SG/CADE.

48. Apesar disso, a realização dessas operações, individualmente, não passou despercebida pelo CADE. Conforme apresentarei a seguir, diversas denúncias foram apresentadas, apontando preocupações concorrenciais decorrentes desse movimento concentracionista.

IV.3 Histórico de denúncias ao SBDC

49. Ao longo dos anos, órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) receberam denúncias e realizaram investigações sobre as operações do grupo da Recorrente, conforme sumarizado abaixo:

- a) 2010: denúncia anônima sobre a aquisição da SM Empreendimentos pela Fagron, a qual foi analisada e arquivada pela extinta Secretaria de Direito Econômico;
- b) 2012: denúncia envolvendo aquisições por parte da empresa Fagron, na qual o denunciante afirma que as farmácias de manipulação espalhadas pelo Brasil dependem de distribuidores, os quais importam insumos farmacêuticos e cosméticos, os fracionam e revendem as substâncias para o setor magistral. O denunciante afirma que, dentre os seis grandes agentes que havia no mercado, quatro deles foram adquiridos pelo grupo Fagron. Ainda segundo o denunciante, em decorrência dessa concentração, o preço dos insumos importados teria aumentado;
- c) 2016: denúncia sobre a existência de diversas operações envolvendo o grupo Fagron, que foi arquivada em decorrência do não preenchimento dos requisitos de notificação obrigatória ao CADE;
- d) 2017: denúncia formulada pelo Sr. César Mesquita, que resultou na instauração do APAC ora em análise; e
- e) 2018: duas novas denúncias indicando forte preocupação com as diversas aquisições de distribuidoras de insumos realizadas pela SM Empreendimentos.

50. Em decorrência dessas diversas aquisições realizadas pela Recorrente e das denúncias recebidas por este Conselho, a SG/CADE realizou cautelosa avaliação quanto à possibilidade de se requisitar a notificação da Operação, em face das preocupações suscitadas nas denúncias.

IV.4 Possíveis impactos negativos à concorrência identificados pela SG/CADE

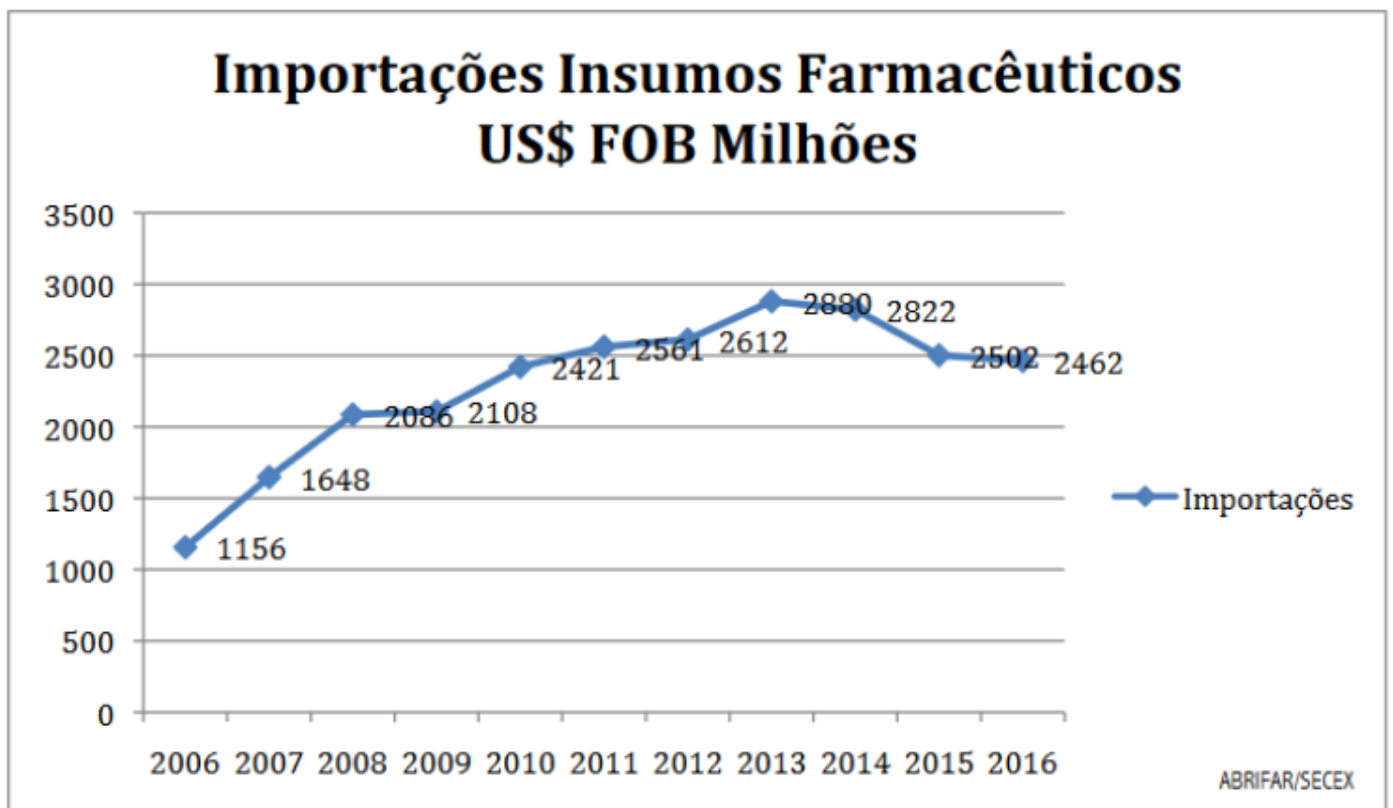
51. Segundo a SG/CADE, as sucessivas aquisições realizadas pela SM Empreendimentos causa preocupação, pois levaram seu grupo a obter uma expressiva participação de mercado no setor de distribuição de insumos farmacêuticos fracionados às farmácias de manipulação.

52. Ainda de acordo com a SG/CADE, essa consolidação pode ser notada pelo substancial aumento do faturamento do grupo ao longo dos últimos oito anos (um crescimento de quase 700%), período em que ocorreu a aquisição de concorrentes, conforme se depreende do gráfico elaborado pela SG/CADE:

GRÁFICO 01 – FATURAMENTO DA SM EMPREENDIMENTOS / FAGRON (2010 – 2016)
[ACESSO RESTRITO ÀS REPRESENTADAS]

53. A título de comparação, a SG/CADE apresenta a evolução das importações de insumos farmacêuticos. De acordo com os dados da ABRIFAR – Associação Brasileira dos Distribuidores e Importadores de Insumos Farmacêuticos –, as importações desses insumos cresceram, em média, 8% ao ano, entre 2010 e 2013, e diminuíram nos anos seguintes:

GRÁFICO 02 – EVOLUÇÃO DAS IMPORTAÇÕES DE INSUMOS FARMACÊUTICOS (2006 A 2016)



Fonte: ABRIFAR

54. Para a SG/CADE, a enorme disparidade entre o crescimento de mercado brasileiro no período citado no Gráfico 1 acima, que, segundo as Representadas, é atendido primordialmente por importações, e o crescimento do faturamento da SM Empreendimentos em período similar, reforçaria o presumido impacto negativo decorrente do movimento de consolidação da SM Empreendimentos via aquisição de concorrentes.

55. Considerando essas informações, a SG/CADE entende que a aquisição da All Chemistry pela Recorrente gera sobreposição horizontal que poderia resultar em um possível reforço de posição dominante. Além disso, a SG/CADE entende que a concentração resultante não deve ser negligenciada, pois a Operação gera HHI muito próximo de 2.500 pontos, apesar da variação de HHI ser menor do que 200 pontos.

56. Por outro lado, a SM Empreendimentos defende que a Operação “ainda que tivesse preenchido os critérios de faturamento e tivesse sido notificada a esse CADE, [...] seria elegível ao rito sumário, uma vez que a participação de mercado combinada resultante da Operação no alcançou 50% e a variação de HHI foi de apenas [Acesso Restrito], nos termos do art. 80, V da Resolução nº 2/2012”. A empresa alega ainda que o “mercado de distribuição de insumos farmacêuticos, inclusive para o segmento magistral, é marcado por rivalidade efetiva e condições de entrada atualmente favoráveis. Essa constatação reforça a ausência de preocupações concorrenciais decorrentes da Operação.”

57. Portanto, segundo a Recorrente, a concentração de mercado provocada pela Operação seria pouco substancial, em face, sobretudo, da baixa participação da All Chemistry, cujo acréscimo de participação de mercado seria irrelevante em termos concorrenciais. Alega, ainda, que a Operação, caso notificada, seria apresentada no rito sumário, exatamente por ser não resultar em um cenário de maior gravidade.

58. Não bastasse isso, a Recorrente entende que apresentou argumentos robustos quanto à existência de forte rivalidade e condições de entrada favoráveis no semente magistral, o que comprovaria que, mesmo que a pequena variação na estrutura da oferta resultante da Operação pudesse despertar alguma preocupação concorrencial, estariam afastadas quaisquer preocupações.

59. Passo, portanto, a avaliar as informações e argumentos apresentados, para verificar a necessidade de submissão da Operação ao CADE.

IV.5 Análise e Conclusão

60. Em primeiro lugar, concordo com a SG/CADE quanto à incerteza de definição de mercado relevante, que pode, substancialmente, influenciar o entendimento da autoridade sobre os impactos decorrentes da Operação.

61. A despeito da boa-fé e do esforço da SM Empreendimentos em apresentar cenários com estimativas de participação de mercado, a ausência de precedentes deste Conselho quanto à avaliação do mercado faz com que seja necessária uma melhor instrução. Isso porque, a SG/CADE dispôs apenas de informações da Recorrente, que foram extraídas de empresa de inteligência de mercado denominada Infomerc^[8].

62. Quanto ao argumento da Recorrente de que “o CADE analisa e aprova dezenas de atos de concentração sumários (como seria o caso da notificação da Operação) por ano com base em estimativas das requerentes ou terceiros com relação à estrutura da oferta (desde que confiáveis, como no presente caso), sem necessidade de fazer consultas a concorrentes e clientes para validação dos danos apresentados. Demandar essa validação no presente caso seria estabelecer critério específico mais oneroso para a SM Empreendimentos do que a prática usual, sem qualquer justificativa, o que representaria encargo irrazoável e desproporcional para a empresa”, entendo que não deve ser acatado.

63. Apesar de ser dedicada totalmente ao setor magistral, a pesquisa da Infomerc engloba menos de 10% das farmácias de manipulação do Brasil, não constituindo, necessariamente, uma alta representatividade do mercado.

64. Assim, a coleta de informações, inclusive por meio de consulta a concorrentes e clientes, faz-se necessária para confirmar, minimamente, as estimativas calculadas pelas Representadas, bem como para dirimir eventuais dúvidas quanto à correta delimitação do mercado relevante.

65. Em relação ao argumento da Requerente de que a Operação resultaria em baixos níveis de HHI e variação de HHI, reforço entendimento já apresentado em outras ocasiões. Métodos quantitativos não são capazes de refletir especificidades e outras variáveis relacionadas aos mercados afetados por operações, aos agentes de mercado e à própria operação. Além disso, os principais testes quantitativos utilizados em análise de operações horizontais são baseados em participações de mercado e, como esclarece o próprio Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal (“Guia H”), a participação de mercado não constitui o único instrumento para a avaliação de concentração horizontal.

66. Utilizar esses testes sem qualquer avaliação adicional das condições de mercado pode levar a um sistema de aprovação (ou reprovação) *per se*, com base apenas na participação de mercado, utilizando-se dos resultados obtidos em cálculos de HHI e C4, o que não me parece adequado.

67. Nesse sentido, o Guia H ressalva que a regra do HHI não deve ser utilizada de forma irrestrita em mercado com grande franja e elevada dispersão de mercado, situação verificada na estrutura do mercado do presente caso (utilizando-se a definição conservadora apresentada pelas Representadas). Segundo o Guia H, a utilização estrita do HHI pelo CADE poderia permitir a total monopolização de um mercado, quando ocorrer a aquisição de pequenas aquisições simultâneas, de forma separada, cuja variação de HHI não ultrapassaria os 100 pontos.

68. Assim, apesar da baixa participação de mercado da All Chemistry, não há elementos suficientes para compreender qual a pressão competitiva exercida por essa empresa, como parte da franja e como a sua inclusão no grupo da Recorrente pode impactar na dinâmica concorrencial do mercado.

69. Tendo essas questões em mente, é possível entender que a atuação conjunta da SM Empreendimentos e All Chemistry pode resultar, entre outros efeitos positivos e negativos, em diminuição da concorrência e aumento de preços. Assim, o incerto impacto concorrencial resultante da Operação justifica uma

análise mais detalhada de seus efeitos ao mercado, demandando a identificação e eventual controle de possíveis danos ao ambiente concorrencial resultante da concentração econômica.

70. Sobre esse ponto, esclareço que a análise deve focar apenas na aquisição da All Chemistry pela SM Empreendimentos. Ou seja, as operações anteriormente realizadas pelo grupo da Recorrente não devem ser objeto do futuro ato de concentração ou da sua análise pela SG/CADE, mas podem apenas serem consideradas para se compreender a atual situação de concentração do mercado.

71. Ademais, caberá à SG/CADE avaliar se esse histórico de concentração, somado a eventuais impactos negativos da Operação, pode levar à necessidade de compromisso da Recorrente de informar ao CADE todas as eventuais futuras aquisições no mercado afetado pela Operação, ainda que não preencham os requisitos legais de notificação, para fins de monitoramento do setor, como já foi decidido por este Tribunal em outros casos^[9].

72. Assim, concluo que o aprofundamento da análise concorrencial é recomendável e, portanto, a submissão da Operação ao CADE mostra-se necessária para que seja exercida a adequada atuação preventiva da Autoridade.

73. Entendo, por fim, que a análise do Contrato não deve ser utilizada para outros fins que não o exercício da ação preventiva do CADE em controle de concentrações. O que significa que, eventuais preocupações adicionais sobre o funcionamento do mercado e eventuais problemas concorrenciais que podem estar atingindo o mercado devem ser objeto de investigação a ser realizada por meio da ação repressiva do CADE. Ou seja, a notificação da Operação, ao mesmo tempo em que não abarca a análise de infrações à ordem econômica, também não afasta eventual abertura de inquérito ou processo administrativo pela SG/CADE.

V.DISPOSITIVO

74. Ante o exposto, decido pelo conhecimento do presente Recurso, rejeitando-o no mérito.

75. Assim, mantenho a decisão da SG/CADE quanto à não obrigatoriedade de notificação da Operação, tendo em vista o não preenchimento dos requisitos previstos no art. 88, incisos I e II da Lei nº 12.529/2011.

76. Da mesma forma, mantenho a decisão da SG/CADE quanto à requisição de submissão da Operação, nos termos do art. 88, §7º da referida lei, no prazo de 30 dias, conforme previsto nos arts. 14 e 15 da Resolução CADE nº 13/2015.

77. Cumpre registrar que a requisição de submissão da Operação ao CADE é tempestiva, pois está sendo requerida antes do decurso do prazo de um ano fixado no §7º do art. 88 da Lei nº 12.529/2011, tendo em vista que a consumação da Operação ocorreu em 11 de outubro de 2017, conforme informação apresentada pelas próprias Representadas.

É o voto.

Brasília, 05 de setembro de 2018.

[assinatura eletrônica]

POLYANNA FERREIRA SILVA VILANOVA

Conselheira do CADE

[1] SEI nº 0396285

[2] SEI nº 0456149

[3] SEI nº 0467898

[4] SEI nº 0481072

[5] Conforme Despacho 627/2018, SEI nº 0479131

[6] SEI nº 0506770

[7] Cf. DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol.3: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 8.ed. Salvador: Editora Jus PODIUM, 2010, p.44 ss.

[8] Conforme esclarecido pela Recorrente, **[ACESSO RESTRITO ÀS REPRESENTADAS]**

[9] Ato de Concentração nº 08700.004446/2017-84. Requerentes: Essilor International (Compagnie Générale d'Optique) S.A. e Luxottica Group S.p.A.



Documento assinado eletronicamente por **Polyanna Ferreira Silva Vilanova, Conselheiro(a)**, em 05/09/2018, às 15:13, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0521111** e o código CRC **C7833370**.