



Medicamentos: congelamento contraria a Constituição.

Como habitual, no apagar das luzes do ano 2000, nossos governantes presenteiam a nação com uma enxurrada de novas normas jurídicas, no caso ora analisado temos a Medida Provisória 2.063/2000 de 18/12/2000, logo substituída pela Medida Provisória 2.138-2/2000 de 28/12/2000.

Referidas medidas provisórias se valem de técnica já adotada em outras reformas econômicas quando as mesmas começaram a agonizar, qual seja, o muito conhecido pelos brasileiros (pois é, eu também já fui Fiscal do Sarney) congelamento/controle de preços, que busca forçar a estabilidade econômica sacrificando a iniciativa privada, transferindo para esta a responsabilidade que não foi assumida pelo governo.

Assim, passamos a tecer algumas considerações sobre a validade jurídica das referidas normas, deixando desde já claro que vamos passar ao largo da discussão relativa aos requisitos de relevância e urgência para a edição de medidas provisórias, impostos pelo artigo 62, de nossa Carta Magna, pelo simples fato de que o Supremo Tribunal Federal têm sistematicamente feito ouvidos moucos para estes argumentos tão relevantes.

Direito de propriedade

A primeira idéia que vem a mente ao se falar de quaisquer restrições a autonomia privada é um ferimento ao direito de propriedade, que é constitucionalmente garantido pelo artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988:

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA

DO BRASIL, PROMULGADA EM 05.10.1988

TÍTULO II

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º . Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII – é garantido o direito de propriedade;



* V. art. 243, CF.

* V. arts. 524 a 673, CC.

* V. Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra)

A idéia então toma forma de argumento de inconstitucionalidade destas restrições, tanto mais tendo em vista que as garantias do Artigo 5º, da Constituição Federal, não podem ser alteradas pelos atuais legisladores, já que constituem cláusulas pétreas de nossa Constituição:

TÍTULO IV

DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

CAPÍTULO I

DO PODER LEGISLATIVO

Seção VIII

DO PROCESSO LEGISLATIVO

Subseção II

Da Emenda à Constituição

Art. 60 – A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV – os direitos e garantias individuais.

Assim segundo este raciocínio qualquer forma de restrição estaria contrariando o livre uso, gozo e fruição da propriedade dos meios de produção, na medida em que impõe limitação ao proprietário que não poderá cobrar o quanto bem entender pelos seus produtos.

Contudo, esta forma de raciocinar remonta a revolução industrial e já está ultrapassado pela nossa nova ordem constitucional, que absorveu o direito da era do consumo de massas onde o consumidor, como parte importante da sociedade (1), deve ser protegido tanto quanto o proprietário.

De modo que, o mesmo artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso XXXII, estabelece que “o estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, sendo certo também que a propriedade



também já não tem a mesma amplitude de outrora sendo atualmente sujeita a sua “função social”, consoante inciso XXII do mesmo artigo 5º de nossa Constituição Federal.

Portanto, resta claro que segundo a análise dos direitos individuais garantidos pela nossa constituição é possível alguma forma de controle de preços, já que embora a propriedade seja protegida dentro destes direitos individuais, também o são os consumidores.

Evidentemente, no caso de simples controle de preços teríamos uma antinomia de direitos constitucionais a qual deve ser solucionada com o equilíbrio entre os direitos antagônicos, no caso é possível a proteção do consumidor via controle de preços desde que a mesma não seja feita de forma abusiva que implique em prejuízo concreto ao proprietário (p.ex. impedindo o aumento de preços quando haja o aumento de custos do fornecedor).

Inclusive no caso de controle de preços de medicamentos temos, agora fora do âmbito das cláusulas pétreas, outra garantia constitucional fundamental que é o direito a saúde:

A constituição federal Brasileira em seu artigo 5º pugna pela proteção da vida humana:

CF – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (DOU 191-A, DE 5.10.88)

Título II – Dos direitos e garantias fundamentais (arts. 5 a 17)

Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Sendo certo que faz parte da vida a saúde devendo esta ser igualmente protegida pelo estado brasileiro, consoante expressa o artigo 6º da Carta Constitucional.

CF – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (DOU 191-A, DE 5.10.88)

Título II – Dos direitos e garantias fundamentais (arts. 5 a 17)

Capítulo II – Dos direitos sociais (arts. 6 a 11)

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Especificamente no que concerne à fiscalização das ações relativas à saúde, sejam de serviços ou disponibilização de medicamentos, insumos ou correlatos, estas são de relevância pública devendo o Estado legislar sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.



CF – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (DOU 191-A, DE 5.10.88)

Título VIII – Da ordem social (arts. 193 a 232)

Capítulo II – Da seguridade social (arts. 194 a 204)

Seção II – Da saúde (arts. 196 a 200)

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Porém, novamente encontramos uma antinomia constitucional, pois em seu artigo 170, inciso IV, a Constituição Federal estabelece como princípio da ordem econômica a “livre concorrência” que evidentemente é avessa ao controle de preços.

É sempre importante ter em mente que, para a garantia de ambos os direitos constitucionais antagônicos sem sacrifício de nenhum deles deve-se sempre buscar um equilíbrio, uma forma de acatar um sem agredir o outro.

Agora, controle de preços não é sinônimo de congelamento e obviamente a sujeição do Fornecedor a um congelamento de preços, sujeitando o mesmo a não ter flexibilidade de controle de custos e determinação de preços de seus produtos atinge diretamente o direito a livre concorrência.

Ora, a venda de todos os tipos de produtos está sujeita a sazonalidade, situação econômica nacional, oferta e preço dos concorrentes, marketing e uma série de outros fatores, que levam o Fornecedor a flexibilizar seus preços de acordo com estas condições.

Saliente-se que tais flutuações de preços não visam necessariamente o aumento abusivo de lucros podendo servir simplesmente como estratégia de manutenção do lucro médio de longo prazo da empresa, ou até reverter perdas já incorridas.

Até porque muitas vezes a lucratividade global de uma empresa ou grupo não é espelhada na lucratividade de um ou outro produto, mas sim em todas as suas fontes de rendas diminuídas todos os seus custos.



Por mais que se force a interpretação dos dispositivos em apreço nada leva ao entendimento de que nossa Carta Constitucional permite que o fornecedor seja sujeito a congelamento de preços sem poder se adaptar a dinâmica do mercado em que atua, sacrificando seus lucros e aí sim sua propriedade que passa gradativamente a minguar pela falta de equilíbrio entre direitos constitucionais causada por legislação abusiva, para que o Estado possa passar uma imagem fictícia e efêmera de estabilidade econômica.

O inciso I do artigo 12 da Medida Provisória 2.138-2, ao permitir a liberação pela Câmara de Medicamentos de aumentos extraordinários de preços, obriga o empresariado nacional a mendicância por aumentos de preços, mas permite alguma flexibilidade (com grau inaceitável de discricionariedade (2) pelos administradores públicos na medida em que a referida Medida Provisória não estabelece os parâmetros para esta liberação).

Assim, o controle deve visar a repressão do aumento arbitrário dos lucros, sendo considerado arbitrário o aumento escorchante, desarrazoado, que suga a sociedade impondo prejuízos ao consumidor ao remunerar o fornecedor com lucros muito superiores ao justo como retribuição pela disponibilização de seu produto.

É claro que, quem trabalha, investe, assume riscos e empreende deve ser remunerado por esta atitude que também beneficia a sociedade (função social da propriedade), mas esta retribuição não pode ser tal que implique em extorsão, tanto mais ao se tratar de um tema como medicamentos, que são produtos de necessidade os quais o consumidor não pode optar em comprar ou não.

No tocante aos medicamentos é importante notar também que muitas vezes o acesso aos mesmos é limitado a um único fornecedor pois referidos produtos podem estar sob proteção patentária (não pense em inconstitucionalidade pois as patentes estão protegidas pelo inciso XXIX, do artigo 5º da CF/88), portanto se realmente é Constitucional o Controle de Preços, ainda mais de medicamentos, resta verificar como pode ser exercido referido controle, já que em um Estado de Direito não podemos nos valer da máxima de Maquiavel de que “os fins justificam os meios” pois, em alguns casos, os meios podem ser muito danosos ainda que os fins sejam benéficos.

Nos parece que a solução definitiva para a questão foi dada também pelo legislador constitucional originário que fez constar no artigo 173, parágrafo 4º, que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”

Neste lastro, onde se vê que não está sequer dito aumento arbitrário dos preços e sim dos lucros, pois todo empresário tem o direito de ser incompetente e ter preços altos e lucros baixos, é que se encontram amarradas as leis e órgãos de controle da concorrência predatória como por exemplo o CADÊ e a SDE.

Muito bem, não é possível o congelamento de preços mas é possível o seu controle e existem apenas duas formas de se exercer controle estatal sobre a economia, (i) pelo sistema de vigilância repressiva, como a exercida pelo Cade e pela SDE ou (ii) pelo sistema de controle prévio de preços.



O que nossa Constituição permite/determina é que o Estado garanta a proteção do consumidor e combata o aumento abusivo de lucros, não que sujeite os fornecedores a uma rotina de súplicas para gerir seus preços.

Saliente-se que o controle de preços só pode ser feito quando se vislumbrar, por indícios concretos, a possibilidade de ferimento ao direito do consumidor por sua exploração pelo empresário que justamente estiver praticando o aumento abusivo de lucros.

Portanto, referido controle só pode ser feito de forma repressiva, como inclusive já é feita, mantendo-se a verificação e vigilância rotineira sobre os preços de modo a detectar prontamente os sinais de aumento abusivo de lucros, p.ex. aumento de preço sem aumento de insumos, ou manutenção de preços quando há queda significativa dos custos, etc...

Além do inconstitucional congelamento de preços, conforme já demonstrado, as medidas provisórias em questão trazem inválida delegação de poderes ao recém criado e poderoso COMITÊ DE MEDICAMENTOS (3), que segundo a Medida Provisória 2.138-2, tem poderes para, (i) julgar – sem parâmetros definidos – os pedidos de reajustes extraordinários de preços, (ii) decidir pela exclusão de grupos ou classes de medicamentos da incidência do regime de regulação de que trata esta medida provisória!!! e (iii) definir os documentos a serem apresentados nos Relatórios de Comercialização!?!?!?.

O princípio da legalidade, base dos países minimamente democráticos, está cristalino no artigo 5º, inciso II, de nossa Carta Magna, “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei”, cabendo repetir em virtude de lei, e não em virtude de decreto, de portaria ou até de resolução de quem quer que seja, pois estas normas simplesmente não são lei como requer o princípio constitucional.

No caso em exame nosso Presidente da República não está satisfeito em legislar em todas as matérias que não são de sua competência, também quer que seus subordinados possam fazê-lo e confere sorrateiramente este poder, criando uma delegação impensável pelos seus, determinando que estes subordinados poderão excluir sujeitos passivos da “norma” de seu campo de incidência ou criar deveres acessórios para os mesmos, sem sequer estabelecer os parâmetros para tanto.

Ora, o princípio da legalidade existe justamente para frear os arroubos do poder executivo e garantir que a vontade do Congresso, verdadeiro sensor da vontade social e espelho da sociedade que o elegeu, seja soberana sobre as demais funções do estado.

Tal princípio ainda é fundamental para o sistema de freios e contrapesos que impede que aquele que cria a lei aplique a lei de modo a dirigi-la, o que parece está cada vez mais “fora de moda” no nosso país.

Começando os desmandos a Resolução nº 1, de 08/01/2001 da Câmara de Medicamentos impõe aos laboratórios farmacêuticos uma rotina de apresentação de Relatórios de Comercialização.

Referidos relatórios, conforme consta da referida Resolução devem conter:



Relação detalhada dos medicamentos comercializados;

Quantidades e preços dos produtos comercializados;

Valores recolhidos de impostos ?!?!?! (o que isto interessa para a vigilância sanitária?);

Valores pagos em salários e encargos ?!?!?! (e isto então???);

Faturamento bruto e líquido da empresa ?!?!?!?! (?!?!?!?!?!?).

Conforme já demonstrado o controle de preços somente pode ser feito pela via repressiva, no caso temos ainda que observar a inconstitucionalidade de requisição gratuita (sem indícios de aumento abusivo de lucros) de informações internas das empresas, na medida em que seu direito a intimidade está garantido pelo, artigo 5º, muitas vezes invocado aqui, inciso X da nossa Carta Constitucional, garantido também às pessoas jurídicas (4), já que o dispositivo constitucional (que não admite interpretação restritiva) menciona que o direito a intimidade “é garantido às pessoas ...” sem restrições.

Além de tudo o já exposto, referidas exigências ainda ferem o princípio da finalidade do ato administrativo, na medida em que as informações que se exige no citado relatório de comercialização não tem relação com os fins legítimos do referido ato.

Se o objetivo do ato administrativo é a aferição do lucro médio da fornecedora de medicamentos a fim de verificar se está ocorrendo o aumento abusivo de lucros, as informações solicitadas somente podem ser aquelas que se prestem para este fim, o que evidentemente incorre com as exigências relativas ao faturamento da empresa, recolhimento bruto de impostos (supõe-se que o líquido seja de conhecimento do poder executivo), valores pagos em salários e a estranha falta de informações relativas aos custos da empresa.

Em conclusão, o congelamento de preços, bem como a forma excepcional de controle de preços, estabelecidos pelas normas em apreço e ainda a vasculha dos dados internos das empresas fornecedoras de medicamentos são claramente inválidos pois se chocam com dispositivos constitucionais inafastáveis.

Notas de rodapé:

(1) Na medida em que todos os somos em uma outra relação jurídica específica (conforme arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor).

(2) Que evidentemente fere o princípio da legalidade inserido no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.



(3)Estranhamente integrado pelo Chefe da Casa Civil, Ministro de Estado da Justiça, Ministro de Estado da Fazenda e Ministro de Estado da Saúde, que com exceção do último não parecem ter nada que ver com saúde e vigilância sanitária, sendo ainda pior a situação do seu comitê técnico que tem em sua composição o Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, o Secretário de acompanhamento econômico do Ministério da Fazenda e um representante da Casa Civil.?!?!

(4)Meras ficções que representam agrupamentos organizados de pessoas naturais, e portanto tem ali também uma projeção de sua intimidade (ou os Srs não tem nada intimo na gaveta dos seus escritórios?).

Date Created

31/01/2001