

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0037364-98.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.037364-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado David Diniz
AGRAVANTE : Ministerio Publico Federal
ADVOGADO : PEDRO ANTONIO DE OLIVEIRA MACHADO e outro
AGRAVADO : MERCK SHARP E DOHME FARMACEUTICA LTDA e outros
: GLAXOSMITHKLINE BRASIL LTDA
: NOVARTIS BIOCENCIAS S/A
: ABBOTT LABORATORIOS DO BRASIL LTDA
: LABORATORIOS BAGO DO BRASIL LTDA
: LABORATORIOS BALDACCI S/A
: BIOSSINTETICA FARMACEUTICA LTDA
: ACHE LABORATORIOS FARMACEUTICOS S/A
: DAIICHI SANKYO BRASIL FARMACEUTICA LTDA
: SIGMA PHARMA LABORATORIOS
: FARMOQUIMICA S/A
: ALCON LABORATORIOS DO BRASIL LTDA
: BARRENNE INDUSTRIA FARMACEUTICA LTDA
: PROCTER GAMBLE DO BRASIL
: Estado de Sao Paulo
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE BAURU Sec Jud SP
No. ORIG. : 00071027720114036108 2 Vr BAURU/SP

DECISÃO

Vistos, etc.

Agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que, em sede de ação civil Pública, deferiu parcialmente a antecipação de tutela pleiteada (fls. 115/117).

Sustenta o agravante, em síntese, que em razão da necessidade de adquirir medicamentos com a máxima urgência, à vista de determinação judicial que impunha a entrega do remédio ao jurisdicionado, a Administração abre procedimento licitatório que resta frustrado pela ausência de participação de interessados. Na seqüência encaminha correspondência às empresas fabricantes/distribuidoras (agravadas) para solicitar o medicamento, no entanto, todas se omitem e nenhuma apresenta resposta. Desta forma, os medicamentos são adquiridos a preço de varejo em drogarias. Essa recusa dos fornecedores, distribuidores e comerciantes de medicamentos em efetuar a venda de medicamentos à Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo de acordo com o que determinam os artigos 1º e 2º da Resolução nº 4, de 18.12.2006 da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED causa lesão e prejuízos ao interesse público e ao erário da União, em razão dos vultosos recursos públicos federais diretamente designados ao Estado de São Paulo para aquisição de medicamentos. A conduta das empresas agravadas dificulta e onera indevidamente a execução de políticas públicas, sociais e econômicas, que visam à redução do risco de doença, no caso, consubstanciadas no fornecimento de medicamentos aos cidadãos que deles necessitam por meio do Sistema Único de Saúde. Pleiteia-se a antecipação dos efeitos da tutela.

Desnecessária a requisição de informações ao juízo *a quo*, ante a clareza da decisão agravada.

Nesta fase de cognição sumária da matéria posta, verifica-se a presença dos requisitos hábeis a fundamentar a concessão parcial da providência pleiteada. Como bem observado no *decisum* impugnado, a livre iniciativa é um dos fundamentos da ordem econômica em nosso país, conforme prevê o artigo 170 da CF. No entanto, essa liberdade não existe em termos absolutos, já que no Brasil vigora um modelo intervencionista de ordem econômica, conforme se depreende dos princípios que a norteiam, assim como do disposto no parágrafo único do artigo 170 da CF. A seguir por essa linha de raciocínio, constata-se que a Lei Federal nº 10.742/2003 surgiu para dar efetividade a esse modelo, na medida em que regulou o setor farmacêutico e criou a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED. A referida lei no inciso II do seu artigo 6º autorizou a CMED a estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos. Desse modo, é irretocável a decisão recorrida quanto à interpretação realizada, a fim de concluir que a "sistemática do CAP editada pela CMED em sua Resolução nº 4 de 2006 encontra respaldo constitucional e, por isso, deve ser observada por toda e qualquer empresa produtora ou distribuidora que se proponha a comercializar medicamentos para a Administração Pública" (fl. 727). Esse entendimento se coaduna com a jurisprudência firmada no âmbito da corte superior, confira-se:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS. CMED. COEFICIENTE DE ADEQUAÇÃO DE PREÇO (CAP). LEI 10.742/2003. RESOLUÇÃO 4/2006. LEGALIDADE. 1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do MS 12.730/DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, decidiu que a Resolução CMED 4/2006, que determinou a aplicação do Coeficiente de Adequação de Preço (CAP) a diversos produtos adquiridos por entes estatais, encontra respaldo na Constituição da República e na Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/1990), atendendo às diretrizes estabelecidas pela Lei 10.742/2003 relativamente à implementação da política de acesso a medicamentos pela população em geral. 2. Mandado de Segurança denegado. (MS 200701425130, HERMAN BENJAMIN, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:28/08/2009.) ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - QUESTÕES PROCESSUAIS - INTERVENÇÃO ESTATAL NA ATIVIDADE ECONÔMICA - CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS - CEMED - COEFICIENTE DE ADEQUAÇÃO DE PREÇO (CAP) - LEI 10.742/2003. 1. Legitimidade da associação autora, constituída há mais de ano e devidamente autorizada a agir por decisão da assembléia geral. 2. Inexistência de ofensa ao art. 20 do Código de Ética da OAB a justificar o envio, pelo STJ, de cópia dos autos àquela Autarquia, a quem compete a apuração da infração. 3. A Lei 10.472/2003 definiu as normas de regulação do setor farmacêutico, criando o CEMED - CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS, órgão a quem compete estabelecer critérios de aferição dos preços dos produtos novos, antes de entrarem no mercado, havendo precedente desta Corte dando pela constitucionalidade da delegação de competência normativa (MS 11.706/DF). 4. A Resolução CEMED 04/2006 determinou a aplicação do CAP ao preço de diversos produtos (inclusive de alto custo), impondo limitações nos preços quando adquiridos por entes estatais. 5. Ato impugnado que encontra respaldo na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Saúde - LOS (Lei 8.080/90), atendendo às diretrizes estabelecidas pela Lei 10.742/2003 relativamente à implementação da política de acesso a medicamentos pela população em geral. 6. Segurança denegada. (MS 200700685612, ELIANA CALMON, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJ DATA:03/09/2007 PG:00112.)

No que toca especificamente à obrigatoriedade das empresas produtoras ou distribuidoras submeterem-se às regras do CAP, independentemente de habilitação em procedimento licitatório, a decisão agravada consignou:

(...) impende considerar, não resultou provado no feito que as empresas arroladas figuram como produtoras ou distribuidoras exclusivas de determinada linhagem de medicamentos.

Dizendo em outros termos, não logrou demonstrar o autor que dentre as espécies de medicamentos descritas no arcabouço de provas documentais que instruem o feito (inquérito civil), o medicamento "x" ou "y" somente é fabricado ou comercializado com exclusividade por uma única empresa, de molde a não restar opção à Administração Pública senão a de adquirir o produto forçosamente por preço superior ao delineado pela CMED quando o estabelecimento, detentor da marca, recusar-se a fornecer, voluntariamente, o produto ao erário com a incidência do AP.

Assim, em princípio, entende o Estado-Juiz que a obrigatoriedade das regras do CAP deve abranger somente as empresas fabricantes ou distribuidoras de medicamentos que se proponham, voluntariamente, a comercializar produtos medicamentosos com a Administração Pública.

Fora de tal hipótese, a obrigatoriedade da observância do CAP, independentemente da deflagração de procedimento licitatório, somente terá o efeito de vincular as empresas ou distribuidoras de medicamentos no caso de fabricação ou comercialização exclusiva e certo tipo de medicamento e isto porque, a Lei Federal 8.884 de 11 de junho de 1994, que cuida da prevenção e repressão de infrações contra a ordem econômica, em seu artigo 20, incisos II e IV, capitula como modalidades de infração à ordem econômica, independentemente de culpa, os atos praticados tendentes a "dominar mercado relevante de bens e serviços" e "exercer de forma abusiva posição dominante".

Superado este ponto, quanto, agora, ao pedido de liminar deduzido em detrimento do Estado de São Paulo, valem as considerações a seguir.

Sob este aspecto da controvérsia, verifica-se que o posicionamento do Estado-Juiz, seja para acolher as razões do autor, seja para considerar válido o procedimento já adotado pelo réu, implica em adentrar no campo de atuação discricionária (discricionariedade técnica, em verdade) da autoridade administrativa, o que exigiria a disponibilização de parâmetros para avaliar se o modus operandi empregado pelo erário corresponde ou não à melhor via para o atendimento do interesse público.

Não há elementos comparativos dessa natureza no processo, que permitam ao magistrado a emissão de um juízo avaliatório.

Ademais, na ótica deste Estado-Juiz, o requerimento, deduzido pelo Ministério Público Federal para que seja o réu (Estado de São Paulo) compelido a comprovar nos autos a expedição de ato normativo, vinculativo a todos os setores e autoridades gestores da Secretaria de Saúde, com competência/atribuição para aquisição de medicamentos, para que observem as regras de comercialização de medicamento ditadas pela CMED, não é passível de ser deduzido em sede de ação civil pública porque, em verdade, retrata um requerimento voltado à implementação de políticas públicas de caráter geral.

Requerimento dessa natureza, por mais benéfico necessário que seja à sociedade, acaso acolhido, implicaria, obviamente, na invasão, pelo Poder Judiciário, do campo de poder de gestão da Administração Pública, o que não é possível, pois, é de todos sabido que os serviços públicos coletivos reclamam vários requisitos para a sua implementação, como, por exemplo, os de natureza orçamentária 'criação de cargos públicos, realização de concursos, etc.

Essa é a visão extraída pelo estado-Juiz, neste momento dá cognição sumária, dos pedidos apresentados pelo autor em detrimento da Fazenda do Estado de São Paulo, visão esta que pode ser melhor aclarada no decorrer da instrução processual.

A decisão merece reforma na parte em que diferenciou a situação dos fornecedores exclusivos da dos demais. No caso, há dois interesses em jogo, de um lado os direitos fundamentais à saúde, à

vida e à dignidade humana e o dever do Estado de garanti-los, conforme previsão constitucional (artigos 196 e 197 da CF). De outro lado, encontra-se o direito à livre iniciativa que representa um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, IV, da CF). Cabe ao Estado-Juiz harmonizar esses direitos e interesses de forma a equilibrá-los.

Da leitura dos documentos acostados aos autos, constata-se recusa das empresas rés na ação originária em vender medicamentos à Administração Pública na forma da Resolução nº 4, de 18.12.2006 da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED. A negativa se consubstancia na omissão dessas empresas em participar dos certames licitatórios, assim como em responder às solicitações do Estado, que lhes encaminha ofícios noticiando que necessita de determinados medicamentos que deveriam ser fornecidos à população, por força de decisão judicial, assim como que os procedimentos de licitação realizados para tal fim restaram desertos. Nota-se, também, que a conduta relatada tem causado prejuízo de milhões de reais aos cofres públicos, na medida em que o Estado, na ausência de habilitação para a venda dos medicamentos aos preços praticados de acordo a citada resolução da CMED, tem procedido à compra junto ao mercado varejista pelos preços praticados junto ao consumidor, ou seja, em desacordo com a referida resolução.

Na espécie, o interesse público deve se sobrepor ao interesse privado, a fim de evitar eventual abuso de poder econômico por parte da indústria farmacêutica, que tem agido com aparência de prática de boicote contra a administração, na medida em que inexistente notícia de qualquer tipo de justificativa para a conduta de negativa aos apelos do poder estatal. Em princípio, é possível afirmar que existe suspeita de que as empresas rés têm praticado infração à ordem econômica na forma do artigo 21, incisos XIII, XXII e XXIV, da Lei nº 8.884/94, *verbis*:

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;

XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

(...)

XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

(...)

XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

(...)

Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;

III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;

IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.

Note-se que as condutas relacionadas no dispositivo legal citado não se restringem a fornecedores exclusivos, como interpretou o juízo de primeiro grau, e justificam uma intervenção judicial a fim

de fazer cessar eventual prática abusiva. Desse modo, entende-se que a conduta das empresas réis, se mantida, pode vir a causar dano grave de difícil reparação à sociedade em geral.

Por fim, ressalte-se que as medidas pleiteadas pelo agravante, a serem implantadas no âmbito administrativo, não se revestem da urgência necessária a justificar a antecipação de tutela. Tais medidas tratam de políticas e procedimentos que não cabe, neste momento processual, ao judiciário determinar o cumprimento, uma vez que dependem de um juízo definitivo acerca da causa e levam a uma estruturação do aparelho estatal que não se tem notícia nos autos da sua existência. Acrescente-se que a ausência de cadastro de recusa não inviabiliza a implantação da decisão, porquanto ela já é o bastante para se evitar danos ao erário, bem como à saúde pública.

A providência requerida pelo agravante de notificação pessoal das autoridades relacionadas à fl. 16 é descabida no âmbito do agravo de instrumento.

Diante do exposto, defiro, parcialmente, a antecipação da tutela recursal pleiteada, a fim de determinar que, na ausência de habilitantes nas licitações intentadas para fins de cumprimento de decisão judicial proposta contra a administração pública para que forneça medicamentos sem custo para a população, as empresas agravadas cumpram de imediato as seguintes obrigações:

a) obrigação de fazer consistente em efetuarem prontamente a venda dos medicamentos, observando-se o Preço Máximo de Venda Governo - PMVG, notadamente com a incidência do desconto/redutor de preço denominado Coeficiente 4 Adequação de Preços - CAP (ou outro que o venha a substituir), em todas as hipóteses previstas nos atos normativos e orientativos da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED (ou outro órgão que porventura venha a lhe suceder), sempre que solicitados por entes da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, salvo absoluta impossibilidade, isto é, caso fortuito ou força maior, devida e documentalmente comprovada perante tais entes;

b) obrigação de fazer, às empresas réis requeridas, agravadas, para que efetuem prontamente venda de medicamentos, sempre que solicitados por entes da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observando-se o Preço Máximo de Venda ao Governo - PMVG, equivalente, no máximo, ao Preço de Fábrica, nas hipóteses em que não for cabível a aplicação do Coeficiente de Adequação de Preços - CAP, conforme atos normativos e orientativos da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED (ou outro órgão que porventura venha a lhe suceder), salvo absoluta impossibilidade, isto é, caso fortuito ou força maior, devida e documentalmente comprovada, perante tais entes;

c) obrigação de fazer, às empresas requeridas, ora agravadas, para que indiquem à Secretaria Estadual de Saúde e aos seus Departamentos Regionais de Saúde, seus endereços, telefones, e-mail institucional, bem como mantenham tal informação atualizada, possibilitando que os órgãos estaduais de saúde possam enviar correspondências e manter contatos com mais rapidez, notadamente para atender à aquisição urgente de medicamentos, com incidência do Coeficiente Adequação de Preços - CAP (ou outro que o venha a substituir), em razão de determinações judiciais;

d) para dar maior efetividade a essa decisão e considerada a recusa da indústria, até o momento, em cumprir a legislação, comina-se às empresas requeridas, ora agravadas, *astreinte* - multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para o caso de descumprimento do quanto determinado nos itens anteriores, sob os fundamentos do artigo 11 da lei nº 7.347/85.

Comunique-se ao juízo de primeiro grau para que dê cumprimento à decisão, observado o teor da Súmula nº 410 do Superior Tribunal de Justiça.

À vista da ausência de citação na ação originária das empresas agravadas, intime-se, tão-somente, o Estado de São Paulo, nos termos e para os efeitos do art. 527, V, do CPC.

Publique-se.

São Paulo, 06 de março de 2012.

David Diniz
Juiz Federal Convocado

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): DAVID DINIZ DANTAS:10089

Nº de Série do Certificado: 0F010B326C219085

Data e Hora: 9/3/2012 16:46:02

A autenticidade do documento pode ser conferida no site
<http://www.trf3.gov.br/processos/verifica.php> informando o código verificador **1926222v10**