

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0037364-98.2011.4.03.0000/SP**

2011.03.00.037364-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRE NABARRETE  
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  
AGRAVADO : ABBOTT LABORATORIOS DO BRASIL LTDA  
ADVOGADO : WALTER BASILIO BACCO JUNIOR  
: GUSTAVO DE FREITAS MORAIS  
AGRAVADO : LABORATORIOS BAGO DO BRASIL LTDA  
: LABORATORIOS BALDACCI S/A  
: BISSINTETICA 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  
AGRAVADO : Estado de Sao Paulo  
ADVOGADO : LUIZ DUARTE DE OLIVEIRA  
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE BAURU Sec Jud SP  
No. ORIG. : 00071027720114036108 2 Vr BAURU/SP

**RELATÓRIO**

Agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que, em sede de ação civil pública, deferiu parcialmente a antecipação de tutela pleiteada para:

a) determinar que as empresas produtoras, distribuidoras ou que se dediquem ao comércio de medicamentos e que, voluntariamente, se proponham a fornecer medicamentos aos entes das administrações públicas federal, estadual, distrital e municipal, mediante habilitação em procedimento licitatório ou relação jurídica estabelecida independentemente de licitação pública, mas desde que contraída de forma voluntária, observem as regras estabelecidas pela CMED, com especial relevo no que diz respeito à incidência do coeficiente de adequação de preços - CAP, previsto na Resolução CMED nº. 4, de 18 de dezembro de 2006;

b) determinar às empresas produtoras, distribuidoras ou que se dedicam ao comércio de medicamentos na condição de agente produtor, distribuidor ou

comerciante exclusivo de determinada marca de medicamento e que não manifestem a intenção de, voluntariamente, fornecer medicamentos aos entes das administrações públicas federal, estadual, distrital e municipal, que, quando instadas pelo erário, forneçam à administração pública o medicamento requerido, com observância das regras estabelecidas pela CMED, com especial ênfase no que diz respeito à incidência do coeficiente de adequação de preços - CAP, previsto na Resolução CMED nº. 4, de 18 de dezembro de 2006, sob pena de infração à ordem econômica. Pressuposta a boa-fé dos demandados no tocante ao voluntário cumprimento da presente determinação judicial, por ora, o juízo não fixou multa cominatória, mas poderá fazê-lo, se ocorrer a recalcitrância injustificada e não fundamentada dos requeridos (fls. 711/733).

Sustenta o agravante, em síntese, que, em razão da necessidade de adquirir medicamentos com a máxima urgência, à vista de determinação judicial que impõe a entrega do remédio ao jurisdicionado, a administração abre procedimento licitatório, que resta frustrado pela ausência de participação de interessados. Na sequência, encaminha correspondência às empresas fabricantes/distribuidoras (agravadas) para solicitar o produto, no entanto todas se omitem e nenhuma apresenta resposta. Dessa forma, os bens são adquiridos a preço de varejo em drogarias. Essa recusa em efetuar a venda 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, configura abuso de poder econômico (artigos 21, XIII, XXII e XXIV, da Lei nº 8.884/94), viola o disposto nos artigos 196 e 197 da Constituição Federal, 39 e 41 do Código de Defesa do Consumidor e 8º da Lei nº 10.742/03 e causa lesão e prejuízos ao interesse público e ao erário, em razão dos vultosos recursos públicos federais diretamente designados ao Estado de São Paulo. 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. Aduz que a situação narrada reclama efetiva e rápida intervenção judicial, à vista desses danos. Pleiteia-se a concessão da medida liminar na sua integralidade.

Decisão às fls. 787/794, que deferiu parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela recursal, a fim de determinar que, na ausência de habilitantes nas licitações intentadas para fins de cumprimento de ordem judicial em ação proposta contra a administração pública para que forneça medicamentos sem custo para a população, as empresas cumpram de imediato as seguintes obrigações:

a) obrigação de fazer consistente em efetuar prontamente a venda dos medicamentos, com observância do preço máximo de venda ao governo - PMVG, notadamente com a incidência do desconto/redutor de preço

denominado coeficiente de 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 requeridas, 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, com observância do 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 requeridas para que indiquem à Secretaria Estadual de Saúde e aos seus Departamentos Regionais de Saúde seus endereços, telefones, *email* institucional, bem como mantenham tal informação atualizada, a fim de 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 requeridas *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.

Desse *decisum* foi apresentado agravo regimental, às fls. 953/965, por Merck Sharp & Dohme Farmacêutica Ltda.

Contraminuta de Merck Sharp & Dohme Farmacêutica Ltda., às fls. 800/819, na qual arguiu que:

a) há ilegitimidade passiva, pois a empresa, embora possua a mesma denominação da Merk S.A., é pessoa jurídica completamente distinta, conforme atesta doc. 4 (fl. 844), que contém o CNPJ da segunda, o qual é distinto do número da ora recorrida;

b) não há obrigação aos particulares para que firmem contrato com a administração pública, conforme artigo 2º da Lei nº 8666/63, o qual explicita que deve haver um acordo de vontades para a formação de vínculo entre as partes citadas.

Contraminuta do Estado de São Paulo, às fls. 849/858, na qual argumenta, em síntese, que:

a) ausente *periculum in mora*, devido à falta de justificado receio de ineficácia do provimento final, na medida em que o pedido feito pela agravante de concessão de liminar de tutela antecipada para que a agravada elaborasse documentação a fim de comprovar o descumprimento dos atos normativos e orientações da CMED pelos fabricantes e fornecedores em geral, bem como de comunicação a esse órgão, é um procedimento realizado pela Secretaria de Saúde e gestores por meio da observância das diretrizes contidas no acórdão 1437/07- TCU. Desse modo, não se pode falar em descumprimento de obrigação de fazer por parte da agravada, uma vez que a Secretaria Estadual da Saúde já cumpre as determinações do CMED;

b) não há *fumus boni iuri*, porque não existe relevância no fundamento da demanda, uma vez que os medicamentos para cumprimento de pedidos judiciais são adquiridos com recurso do tesouro do Estado, de forma que não envolve verbas federais. Assim, o Estado de São Paulo foi incluído indevidamente no polo passivo sem que fosse apresentada uma causa de pedir para o cumprimento da obrigação de fazer. Além disso, a lei de regência facultava-lhe o ingresso no polo ativo do feito, posto que os prejuízos decorrentes da não aplicação do CAP para a aquisição de medicamentos decorrentes de ordem judicial são suportados exclusivamente por recursos estaduais.

Contraminuta, às fls. 972/992, por Procter e Gamble do Brasil S.A, a qual sustenta que:

a) inepta a inicial recursal do MPF, porquanto não expôs as razões do pedido de reforma da decisão, de modo que apenas reiterou as alegações anteriores e descumpriu a exigência contida no artigo 524, inciso II, do CPC;

b) a recusa em comercializar com a administração pública está amparada no princípio da livre iniciativa, concorrência e da legalidade; destarte, não agiu de má-fé ou com intenção de causar prejuízo ao erário;

c) o Estado não pode forçar um liame negocial entre as empresas farmacêuticas e o poder público. A política de preço CAP serve para que ambas as partes

sejam beneficiadas, razão pela qual, por um lado, o empresário contará com um consumidor constante e solvente, de outro, o órgão estatal é favorecido com os descontos. Cabe à empresa decidir se ingressará ou não no pregão. Somente em casos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo em que o princípio da dignidade humana e o direito à saúde colidam com a livre iniciativa e com a livre concorrência, pode haver uma intervenção. *In casu*, tal não ocorre;

d) o medicamento comercializado, um creme para assaduras da marca Hipoglós, não é exclusivo de comercialização da P&G, de forma que pode ser obtido por outras fontes. Além disso, pode ser substituído por outro remédio similar, com preços melhores;

e) ausente *periculum in mora*, visto que a compra de medicamentos sem a observância do preço CAP há muito é realizada pela administração pública. Portanto, não há problema em aguardar o trâmite regular da ação.

Contraminuta às fls. 1064/1080 de Novartis Biociências S.A., na qual alega que:

a) a empresa nunca se recusou a fornecer medicamentos à administração pública dentro das condições estabelecidas pela CMED com a devida observância do CAP, conforme doc. 3 (fls. 11089/1126), o qual apresenta os contratos licitatórios firmados pela Novartis. Além disso, como demonstram os docs. 4 e 5 (fls. 1127/1283), há ainda outros inúmeros fornecimentos feitos também ao órgão público em regime de dispensa de licitação e para atendimento de ações judiciais;

b) falta fundamentação relevante ao MPF e há ofensa ao princípio da legalidade, dado que, em nenhum momento, o ordenamento jurídico criou a obrigação legal de contratação compulsória com a administração pública;

c) há violação da livre iniciativa econômica prevista nos artigos 1º, inciso IV, e 170, *caput*, da CF, porque interfere diretamente na gestão empresarial e comercial da Novartis;

d) há infração do direito à propriedade privada, garantido pelos artigos 5º, inciso XXII, e 170, inciso II, da CF, porque obriga a empresa a alienar compulsoriamente seus bens;

e) há desrespeito ao princípio da isonomia das partes, assegurado pelo artigo 5º, *caput*, da CF, visto que o MP não apresentou critérios para a seleção das empresas farmacêuticas incluídas no polo passivo, de maneira que excluiu outras indistintamente;

f) há transgressão ao princípio basilar do direito contratual, civil e administrativo, qual seja, o acordo de vontade das partes, uma vez que se

pretende obrigar os laboratórios farmacêuticos a firmarem contrato com a administração pública;

g) o ônus de fornecer saúde é dever do Estado, conforme disposto no artigo 196 da CF, assim não cabe a pretensão do MPF de transferir às empresas, de maneira compulsória, a incumbência que lhe é devida;

h) ausência de *periculum in mora*, uma vez que a regulamentação referente à venda de medicamentos à administração pública pela CMED é de 2006 e o inquérito civil que originou a ação é de 2010, de forma que não há risco iminente em se aguardar a regular tramitação da ação civil pública;

i) a tutela antecipada não pode ser concedida, à vista de seu caráter absolutamente satisfativo, porque esgota o objeto da ação de conhecimento.

Contraminuta elaborada às fls. 1297/1313 por EMS Sigma Pharma LTDA., em que argumenta que:

a) não há prova nos autos de que houve o descumprimento por parte da agravada em atender as solicitações da agravante, posto que existe apenas uma solicitação para atendimento de demanda judicial referente ao medicamento SOMALGIN, momento em que a empresa não comercializava o referido fármaco. Além disso, quando demandada pelas secretarias forneceu proposta para atender determinação judicial, de forma que observou a incidência do índice redutor e não ficou inerte;

b) a decisão de primeiro grau não traz prejuízos à administração pública, porque, em caso de exclusividade na fabricação de determinado medicamento, a detentora terá de fornecer, obrigatoriamente, o medicamento solicitado pelo governo;

c) o poder público infringe a ordem econômica, dado que obriga a empresa a participar de licitações e atender à administração, independentemente de sua vontade ou possibilidade de fazê-lo.

Glaxosmithkline Brasil Ltda. apresentou contraminuta às fls. 1326/1339, na qual aponta que:

a) é faculdade da agravada comercializar com o ente público, conforme art. 2º da Lei de Licitações, o qual exige o elemento volitivo para a contratação. Ademais, configura verdadeiro constrangimento ilegal a pretensão do MPF, porque pode

ocorrer de a empresa não possuir estoque disponível para ser entregue na data estabelecida em edital;

b) o Estado não deve transferir ao particular o dever de garantir a saúde para a população;

c) inexistente *periculum in mora*.

Contraminuta, às fls. 1340/1352, por Farmoquímica S/A, na qual arguiu:

a) ilegitimidade passiva, porque a agravada não comercializa diretamente com o poder público, porquanto, por questões de logística e segmentação de mercado, se utiliza de distribuidores para realizar os procedimentos licitatórios, conforme *emails* juntados em defesa;

b) olvidou-se a agravante dos princípios da livre iniciativa, concorrência e legalidade, uma vez que não há no texto da lei qualquer obrigação em comercializar com o ente público, ainda que se considerem a Lei 10.742/2003 e as resoluções da CMED;

c) o Estado não deve transferir ao particular o dever de garantir a saúde para a população.

Contraminuta às fls. 1353/1371 por Abbot Laboratórios do Brasil Ltda., em que afirma que:

a) não deve ser conhecido o recurso, porquanto não ataca os fundamentos da decisão recorrida, tão-somente reitera os argumentos da petição inicial;

b) não ocorreu o descumprimento da norma como alegado pela agravante; se houve algum lapso, foi pontual e não enseja qualquer das medidas pleiteadas; assim, a narrativa recursal não condiz com a realidade fática;

c) a agravada sempre cumpriu a Resolução da CMED integralmente, de modo a aplicar o redutor de preço (CAP);

d) não há indícios de que a ré se recusou a contratar com o poder público;

e) o ordenamento jurídico assegura a todos o direito à livre iniciativa e à liberdade de contratar;

f) não houve prejuízo ao erário, uma vez que o redutor obrigatório deve incidir também sobre os produtos adquiridos diretamente em farmácias ou drogarias pela administração pública, regra que deve ser aplicada pela Secretaria Estadual da Saúde do Estado de São Paulo.

Pedido de reconsideração do Ministério Público, às fls. 1468/1477, para pleitear a concessão integral da tutela recursal ou, se não acolhido, o recebimento como agravo legal.

Contraminuta, às fls. 1521/1538, de Daiichi Sankyo Brasil Farmacêutica Ltda., na qual expõe que:

- a) há inépcia recursal, devido à ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada, uma vez que apenas reiterou os argumentos na petição inicial, de forma que contraria a Súmula 182 do STJ e o disposto no artigo 524, inciso II, do CPC;
- b) inexistente o relevante fundamento da demanda, bem como o *periculum in mora*, porque não há o receio de ineficácia do provimento final. Assim, a concessão da antecipação de tutela não atende os requisitos do artigo 461 do CPC. Além disso, a agravante não esclarece qual seria o prejuízo em se aguardar o prosseguimento normal do feito, tanto que a regulamentação referente à venda de medicamento à administração pela CMED é de 2006 e o inquérito de origem da demanda é de 2010;
- c) não há interesse de agir, posto que inexistente pretensão resistida por parte da agravada com relação ao emprego de desconto nos medicamentos e a disponibilização de dados dos distribuidores com condições de atender aos pedidos de remédios na região de Bauru. A agravante não comprovou a não aplicação do coeficiente de adequação de preços- CAP nas vendas da empresa farmacêutica, que jamais se negou a conceder informações suas e de seus distribuidores aos órgãos públicos;
- d) ilegitimidade passiva, dado que a agravada não participa de processo licitatório, porque tem por função a importação e fabricação de medicamentos; não possui estrutura logística para fornecer pequenas ou médias quantidades em vários municípios do Brasil, razão pela qual o exercício dessa atividade fica a cargo das distribuidoras, as quais são comerciantes atacadistas responsáveis por atender os estabelecimentos varejistas privados ou públicos. A sociedade apenas contrata o fornecimento direto com o poder público esporadicamente por condições de mercado específicas ou em razão de um grande volume;
- e) a agravada sempre que participa de um processo licitatório aplica o CAP via distribuidor. Porém, não é obrigada a participar dos referidos procedimentos,

conforme artigos 2º, *caput*, e 54 da Lei nº 8666/93, se não há condições logísticas de atender, seja em razão do reduzido volume ou das distâncias dos locais de entrega, casos em que deixa a cargo dos distribuidores;

f) não houve qualquer ato de improbidade atribuível à agravada, dado que não há má-fé, requisito essencial para caracterizá-lo, e a conduta da fabricante não se enquadra nos artigos 9º e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, de forma que, se houve, a responsabilidade é exclusiva do Estado de São Paulo;

g) a fundamentação e os pedidos do Ministério Público são equivocados, porquanto não há prova de que a agravada realizou uma única venda sem a aplicação do CAP. Inexiste nos autos notas fiscais com preço de venda superior ao permitido. De outro lado, os elementos favoráveis à tese da agravada foram apresentados;

h) a recorrida não descumpriu qualquer obrigação legal, porque, ao receber comunicação pela DRS de Bauru em 23/12/2010, encaminhou-a aos distribuidores para que participassem do processo público de compra. Portanto, se aqueles não prosseguiram na ação, a fabricante não pode ser responsabilizada.

Agravo regimental, às fls. 1539/1548, interposto por Daiichi Sankyo Brasil e Farmacêutica Ltda. contra decisão que deferiu parcialmente a antecipação de tutela recursal.

Manifestação ministerial, à fl. 1550, na qual se declara ciente da contraminuta de fls. 1521/1538 e reitera o requerimento de julgamento de pedido de reconsideração (fls. 1468/1477).

Contraminuta de Hypermarcas S/A, sucessora de Barrene Indústria Farmacêutica Ltda., na qual sublinha que (fls. 1558/1763):

a) os medicamentos parapsyl e quinocardine não estão sujeitos ao CAP (Comunicado nº 5, de 1º de junho de 2011, da CMED), vigente à época dos fatos;

b) ausência de comercialização direta dos produtos indicados pelo Ministério Público, uma vez que essa atividade é realizada por meio das distribuidoras;

c) inexistência de fundamento relevante na demanda proposta do órgão ministerial, pois não há no ordenamento jurídico a obrigação legal de contratação compulsória com a administração pública, circunstância que, inclusive, viola o princípio da legalidade;

d) infringiu-se a livre iniciativa econômica e ofendeu-se o direito de propriedade (artigos 1º, inciso IV, 5º, XXII, e 170, *caput* e inciso II, da CF);

e) ofensa ao princípio da isonomia (artigo 5º, *caput*, da CF), uma vez que a ação foi proposta somente contra algumas representantes da indústria farmacêutica;

f) violação ao princípio basilar do Direito Contratual, na medida em que não se pode compulsoriamente obrigar entes particulares a contratarem com a administração pública;

g) inexistência de violação do direito à saúde;

h) ausência de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação;

i) a tutela antecipada tem caráter satisfativo, pois esgota a pretensão do agravante, razão pela qual não pode ser deferida.

É o relatório.

## **VOTO**

Primeiramente, prejudicados os agravos de fls. 953/965, fls. 1468/1477 e fls. 1539/1548, à vista da apreciação do agravo de instrumento.

### **I - DOS FATOS NARRADOS NA PEÇA RECURSAL**

Segundo narra o agravante, a fim de cumprir determinação judicial para fornecimento de medicamentos ao jurisdicionado, a Secretaria do Estado de São Paulo em Bauru abre procedimento licitatório, que muitas vezes resta deserto. Quando tal acontece, encaminha-se correspondência às empresas fabricantes/distribuidoras (agravadas), em que é solicitado envio de proposta de preços dentro de um prazo determinado para a compra do remédio, com a observação de que deve ser respeitado o desconto mínimo obrigatório do coeficiente de adequação de preços - CAP, conforme determinado na Resolução CMED nº 4, de 18/12/2006. Nos casos em que não há resposta, os medicamentos são adquiridos a preço de varejo em drogarias. Segundo sustenta o recorrente, a recusa em atender a solicitação de compra da administração pública é vedada pela legislação de regência - artigos 21, incisos XIII, XXII e XXIV, da Lei nº 8.884/94, 39, incisos II e IX, e 41 da Lei nº 8.078/90 e 4º, 6º, incisos I e III, 7º, inciso VI, e 12, inciso III, da Lei nº 8.137/90, a configurar infração à ordem econômica. Aduz-se também que causa lesão e prejuízos ao interesse público e ao erário, em razão dos vultosos recursos públicos federais

diretamente designados ao Estado de São Paulo para aquisição de medicamentos, assim como dificulta e onera indevidamente a execução de políticas públicas, sociais e econômicas, que visam à redução do risco de doença, consubstanciadas no fornecimento aos cidadãos que deles necessitam por meio do Sistema Único de Saúde.

## II - DA PRELIMINAR DE INÉPCIA DA PEÇA RECURSAL

A peça recursal, não obstante repise os argumentos expostos na petição inicial da ação originária, impugna a decisão recorrida por meio da explanação das razões do pedido de reforma da decisão, em observância ao artigo 524, inciso II, do CPC, motivo pelo qual não restou configurada a alegada inépcia.

## III - DO MÉRITO

### III. a - DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AGRAVADA MERCK SHARP E DOHME FARMACÊUTICA LTDA

A planilha apresentada pelo Departamento Regional de Saúde de Bauru (fl. 86) indica a MERCK SHARP E DOHME FARMACÊUTICA LTDA., com endereço à Rua Treze de Maio, 815, Campinas - SP, como uma daquelas que se recusaram a vender medicamentos (Glifage) para atendimento de determinações judiciais. Não há notícia de que a referida empresa tenha informado ao órgão público quando lhe foi feita solicitação sobre produzir ou não o fármaco. Em consequência, o pressuposto da recusa continua válido.

Quanto ao fato de que seria a Merck S.A. quem produz o Glifage, o tema caracteriza mérito da ação.

### III. b - DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O Estado de São Paulo aduz que a petição inicial não indica a causa de pedir relativa ao pedido que lhe foi direcionado, bem como que não pode participar do polo passivo do feito, na medida em que tem interesse em atuar no polo ativo,

posto que os prejuízos narrados pelo Ministério Público Federal, decorrentes da omissão dos fabricantes de medicamentos às solicitações da Secretaria Estadual de Saúde, são suportados exclusivamente pelo tesouro estadual.

Nesta fase da ação, à vista das razões expostas pelo *parquet* federal, de ausência de providências do órgão estadual no sentido de tomar as providências que entende serem necessárias para o controle do atendimento às solicitações de compra de medicamentos para cumprimento de ordem judicial, que é claramente a causa de pedir da ação civil pública originária em relação a esse agravado, justifica-se a sua inclusão no polo passivo da ação.

### III. c - DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AGRAVADA FARMOQUÍMICA S/A

Está demonstrado o interesse de agir do *parquet* federal em relação à FARMOQUÍMICA S/A, porquanto está relacionada na citada planilha apresentada pelo Departamento Regional de Saúde de Bauru (fl. 85), que arrola os que se recusaram a vender medicamentos (*in casu*, Nutrical D) para atendimento de determinações judiciais.

### III. d - DO INTERESSE DE AGIR EM RELAÇÃO À DAIICHI SANKYO BRASIL FARMACÊUTICA LTDA.

Está igualmente demonstrado o interesse de agir do *parquet* federal em relação à DAIICHI SANKYO BRASIL FARMACÊUTICA LTDA., uma vez que está relacionada na citada planilha apresentada pelo Departamento Regional de Saúde de Bauru (fl. 86), que indica os que se recusaram a vender medicamentos para atendimento de determinações judiciais (fl. 86).

## IV - DO TEMA CENTRAL

Primeiramente, ressalto que, diferentemente do afirmado pelo órgão ministerial e pelo Juiz Federal convocado, relator quando da decisão de antecipação da tutela recursal, entendo que, em princípio, não há indício nos autos de conduta de abuso de poder econômico, porque, para a configuração de práticas abusivas, na forma da Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94), é necessário que haja posição

dominante da empresa, entendida como *controle de parcela substancial de mercado relevante* (artigo 20, § 2º), circunstância que nem ao menos é narrada na petição inicial. De outro lado, também não constatei vestígios de conluio entre as empresas agravadas a fim de boicotar a administração pública, porque demonstraram, por meio dos documentos que anexaram às suas defesas, que participam de licitações, nas quais obedecem aos limites de preços fixados na tabela da CMED.

Da narrativa dos fatos se constata a existência de relação de consumo entre as empresas agravadas e o ente público. Assim, para o deslinde do presente pleito se faz necessário primeiramente contextualizar o direito aplicável à espécie, mais especificamente o Código de Defesa do Consumidor e os preceitos constitucionais que o informam.

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de direito, que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (artigo 1º da CF) e como meta, entre outras, o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º da CF). Nesse contexto, a fim de implementar tais garantias o constituinte de 1988 também inseriu na Lei Maior princípios como o da função social da propriedade - artigos 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III.

Função social pode ser entendida como a *obtenção de um resultado das atividades humanas em prol de toda a sociedade* (in LEAL JÚNIOR, João Carlos. O princípio da manutenção da atividade empresarial e a recuperação da empresa na Lei nº 11.101/05: um exame sob o prisma da função social. Revista Direito em (Dis)Curso, Londrina, v. 2, n. 1, p. 79-104, jul. 2008) e sua implantação na ordem jurídica nacional trouxe uma nova concepção de institutos como propriedade, contrato e empresa.

Inspirado nesses ditames surgiu o Código Civil de 2002, que em uma série de dispositivos implantou uma nova visão do conceito de empresa e de como deve ser a sua atuação, a qual não pode se restringir a propiciar lucro ao empresário ou à sociedade empresária. Conforme lição do citado autor: *a fim de desempenhar sua função social, deve a empresa observar princípios fundamentais como: solidariedade, promoção da justiça social e da livre iniciativa, respeito e proteção ao meio ambiente, redução das desigualdades sociais, busca do pleno emprego, valores sociais do trabalho, dentre outros, todos corolários do princípio da dignidade* (in Ensaio sobre o princípio da função social da empresa na Lei nº 11.101/05. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 409, p. 516, maio - junho de 2010) - artigos 1º, IV, 3º, I, 170, *caput*, VI, VII e VIII, da CF.

Antes mesmo da promulgação do novo estatuto civil, já vigia o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), o qual reflete nitidamente a preocupação do legislador em promover a função social do contrato por meio da intervenção estatal em prol do equilíbrio entre as partes no contrato de consumo, que de um lado tem o fornecedor/empresário e do outro, a parte considerada mais fraca, o consumidor. Referida norma tem como cláusula geral a boa-fé objetiva, que consiste na atuação leal e sem abusos das partes, na busca do cumprimento do objetivo contratual e da realização de seus interesses (MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005, *apud in* LEAL JÚNIOR, João Carlos. Ensaio sobre o princípio da função social da empresa na Lei nº 11.101/05. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 409, p. 516-517, maio - junho de 2010).

Segundo a lei do consumidor: *fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços* (artigo 3º) e *consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final* (artigo 2º, caput), com a ressalva de que *equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo na relações de consumo* (artigo 2º, parágrafo único).

José Geraldo Brito Filomeno conceitua consumidor como: *qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço* (Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 8ª ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 31, 2005). Esse autor defende a tese, à qual me filio, de que a pessoa jurídica de direito público também pode ser considerada consumidor para os fins da lei. Para esse fim, cita artigo de Leon Fredja Szklarowsky intitulado "O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os Contratos Administrativos", publicado no Boletim de Licitações e Contratos, agosto de 1999, p. 377/380, do qual destaco o seguinte excerto, que, penso, fundamenta de forma irretocável essa posição: *servindo-se a Administração, como qualquer particular, dos serviços prestados por concessionárias do serviço público, não tem cabimento sua exclusão da proteção legal, o que feriria, brutalmente, a Constituição, que agasalha todo consumidor, sem exclusão de quem quer que seja. Aliás, o art. 54 expressamente indica com precisão matemática que os contratos administrativos regem-se pela suas cláusulas e pelos preceitos de direito público e de direito privado e, ainda, pela teoria geral dos contratos, numa harmônica constelação.* (Manual de Direitos do Consumidor. 5ª ed. - São Paulo: Atlas, p. 42, 2001).

Na esteira desse entendimento, pode-se afirmar que, na relação de consumo estabelecida no caso em questão, as empresas são as fornecedoras dos medicamentos e o Estado de São Paulo é o consumidor. A partir desse pressuposto, constata-se que, nas situações comprovadas pelo Ministério Público Federal de recusa (documentos às fls. 86/89), praticada na forma de omissão, em atender à demanda daquele ente estatal, consubstanciada nos pedidos de compra de medicamentos por força de determinação judicial, as agravadas infringiram o disposto no artigo 39 do referido estatuto, o qual veda ao fornecedor de produtos ou serviços, entre outras práticas abusivas: (...) II - *recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes.*

As recorridas sustentam que a concessão da liminar pleiteada representa ofensa ao princípio da legalidade, ao argumento de que não existe lei que imponha a venda de produtos ao ente estatal. No entanto, a partir do entendimento de que a administração pública atua como consumidora, é possível afirmar que a norma que obriga a essa venda é justamente o mencionado artigo 39 do CDC. Pode-se citar ainda como aplicável ao caso o artigo 421 do Código Civil, segundo o qual *a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.* Mencionada regra reafirma o disposto no CDC. Desse modo, não é autorizado ao empresário se negar a atender a demanda do consumidor, sob o argumento de que a Constituição Federal prevê a livre iniciativa, porquanto, como visto, o ordenamento jurídico pátrio, com esteio em outros preceitos constitucionais, fundados na dignidade da pessoa humana, apresenta certas limitações a esse direito, a fim de garantir equilíbrio entre as forças econômicas, entre elas as relacionadas ao consumo.

A propositura da ação somente contra as empresas agravadas está amparada na prova dos autos, conforme fundamentado. Assim, o conjunto probatório apresentado não permite demandar contra todas do ramo farmacêutico, diante da total ausência de interesse. Portanto, não está configurada a aduzida ofensa ao princípio da igualdade previsto no artigo 5º, *caput*, da CF.

Ressalte-se que essa imposição de venda/fornecimento tem como única limitação o fato de haver o produto em estoque. Em consequência, a circunstância de o fornecedor ser ou não exclusivo não tem relevância alguma para a causa e não serve de argumento hábil a afastar a obrigação imposta na lei.

Enfatize-se, também, que a questão relativa aos pedidos de compra de marcas específicas de medicamentos não é da responsabilidade do ente estatal,

porquanto as solicitações em questão se destinam a dar estrito cumprimento a ordem judicial e, portanto, não está no âmbito de discricionariedade da administração pública, nesses casos, optar por outros existentes no mercado, a não ser que a decisão dê margem a isso.

Saliente-se, ainda, que, de acordo com a Orientação Interpretativa nº 02, de 03 de novembro de 2006 (fl. 62), naqueles casos em que o medicamento não estiver relacionado na tabela da CMED, o referencial máximo a ser considerado é o denominado *preço fabricante*, considerado como o *teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz, já incorrendo em todos os custos de comercialização*.

Presente o *fumus boni juris*, está demonstrado também que a conduta das empresas réis, se mantida, pode vir a causar dano grave de difícil reparação à sociedade em geral, dado que a compra dos medicamentos na rede varejista, como tem ocorrido em muitos casos, conforme demonstrado pelos documentos apresentados pelo *parquet* federal, a preços superiores aos praticados pelos fornecedores na venda direta à administração pública, cuja negociação tem desconto previsto na sistemática do CAP editada pela CMED em sua Resolução nº 4 de 2006, no cômputo geral, tem gerado prejuízos de milhões de reais aos cofres públicos.

À vista de que o conjunto probatório relativo à recusa das agravadas em vender medicamentos se refere somente às solicitações da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, não restou demonstrada a urgência da medida em relação a eventuais pedidos de compra de medicamentos dos demais órgãos da administração pública direta e indireta da União, dos outros Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Por fim, conforme decidido quando da antecipação da tutela recursal, penso 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, bem como que a providência requerida pelo agravante de notificação pessoal das autoridades relacionadas à fl. 16 é descabida no âmbito do agravo de instrumento*.

Os provimentos antecipatórios revelam, *in casu*, a necessidade e urgência, posto que se destinam a propiciar o mais célere atendimento das ordens judiciais, que se referem ao fornecimento de medicamentos considerados imprescindíveis a situações de saúde inadiáveis e resultantes de prescrições médicas.

Em função da urgência, relevância e necessidade, bem como que as empresas agravadas não atenderam solicitações anteriores, impõe-se a multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em caso de descumprimento da tutela concedida.

Diante do exposto, voto para:

a) declarar prejudicados os agravos de fls. 953/965, 1468/1477 e de fls. 1539/1548;

b) rejeitar a preliminar de inépcia recursal;

c) no mérito, **dar parcial provimento ao agravo de instrumento** e reformar parcialmente a decisão agravada, 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 obrigação de fazer consistente em efetuarem prontamente a venda dos medicamentos, observado o preço máximo de venda governo - PMVG, notadamente com a incidência do desconto/redutor de preço denominado coeficiente de 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 pela Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, salvo nas situações em que for comprovada a ausência do fármaco em estoque. Observado que, nas situações em que não for cabível a aplicação do coeficiente de adequação de preços - CAP, deverá ser observado o preço fabricante, conforme definido na Orientação Interpretativa nº 2, de 13.11.2006. Para dar maior efetividade à medida, as empresas requeridas ficam obrigadas a indicar à Secretaria Estadual de Saúde e aos seus Departamentos Regionais de Saúde seus endereços, telefones, email institucional, bem como mantenham tal informação atualizada. 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 das determinações judiciais decorrentes das tutelas concedidas.

**André Nabarrete**  
**Desembargador Federal**

**EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INÉPCIA DA INICIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PEDIDOS DO ESTADO DE SÃO PAULO DE COMPRA DE MEDICAMENTOS POR FORÇA DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL RECUSADOS PELAS EMPRESAS FORNECEDORAS. ABUSO DE PODER ECONÔMICO NÃO DEMONSTRADO. RELAÇÃO DE CONSUMO ENTRE AS FORNECEDORAS DE FÁRMACOS E O ENTE ESTATAL CONFIGURADA. OBRIGAÇÃO DE FAZER IMPOSTA EM LEI. INFRINGÊNCIA DO ARTIGO 39 DO CDC. *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* PRESENTES. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA. MULTA DIÁRIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO.

- A peça recursal, não obstante repise os argumentos expostos na petição inicial da ação originária, impugna a decisão recorrida por meio da explanação das razões do pedido de reforma da decisão, em observância ao artigo 524, II, do CPC, motivo pelo qual não restou configurada a alegada inépcia.

- A planilha apresentada pelo Departamento Regional de Saúde de Bauru indica a MERCK SHARP E DOHME FARMACÊUTICA LTDA., com endereço à Rua Treze de Maio, 815, Campinas - SP, como uma daquelas que se recusaram a vender medicamentos (Glifage) para atendimento de determinações judiciais. Não há notícia de que a referida empresa tenha informado ao órgão público quando lhe foi feita solicitação sobre produzir ou não o fármaco. Em consequência, o pressuposto da recusa continua válido.

- À vista das razões expostas pelo *parquet* federal, de ausência de providências do órgão estadual no sentido de tomar as providências que entende serem necessárias para o controle do atendimento às solicitações de compra de medicamentos para cumprimento de ordem judicial, que é claramente a causa de pedir da ação civil pública originária em relação a esse agravado, justifica-se a inclusão do Estado de São Paulo no polo passivo da ação.

- Está demonstrado o interesse de agir do *parquet* federal em relação à FARMOQUÍMICA S/A, uma vez que está relacionada na citada planilha apresentada pelo Departamento Regional de Saúde de Bauru, que indica os que se recusaram a vender medicamentos (*in casu*, Nutrical D) para atendimento de determinações judiciais.

- Está igualmente demonstrado o interesse de agir do *parquet* federal em relação à DAIICHI SANKYO BRASIL FARMACÊUTICA LTDA., uma vez que está relacionada na citada planilha apresentada pelo Departamento Regional de Saúde de Bauru, que indica os que se recusaram a vender medicamentos para atendimento de determinações judiciais.

- Não há indício nos autos de conduta de abuso de poder econômico, na medida em que para a configuração de práticas abusivas, na forma da Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94), é necessário que haja posição dominante da empresa, entendida como *controle de parcela substancial de mercado relevante* (artigo 20, § 2º), circunstância que nem ao menos é narrada na petição inicial. De outro lado, também não há vestígios de conluio entre as empresas agravadas a fim de boicotar a administração pública, porque demonstraram, por meio dos documentos que anexaram às suas defesas, que participam de licitações, nas quais obedecem aos limites de preços fixados na tabela da CMED.

- Constata-se a existência de relação de consumo entre as empresas agravadas e o ente público.

- A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de direito, que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (artigo 1º da CF) e como meta, dentre outras, o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º da CF). Nesse contexto, a fim de implementar tais garantias o constituinte de 1988 também inseriu na Lei Maior princípios como o da função social da propriedade - artigos 5º, XXIII, e 170, III, cuja implantação na ordem jurídica nacional trouxe uma nova concepção de institutos como propriedade, contrato e empresa. Inspirado nesses ditames surgiu o Código Civil de 2002 que em uma série de dispositivos implantou uma nova visão do conceito de empresa e de como deve ser a sua atuação, a qual não deve se restringir a propiciar lucro ao empresário ou à sociedade empresária.

- Antes mesmo da promulgação do novo estatuto civil, já vigia o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), o qual reflete nitidamente a preocupação do legislador em promover a função social do contrato por meio da intervenção estatal em prol do equilíbrio entre as partes no contrato de consumo, que de um lado tem o fornecedor/empresário e do outro, a parte considerada mais fraca, o consumidor. Referida norma tem como cláusula geral a boa-fé objetiva, que consiste na atuação leal e sem abusos das partes, na busca do cumprimento do objetivo contratual e da realização de seus interesses.

- Na relação de consumo estabelecida no caso em questão, as empresas são as fornecedoras dos medicamentos e o Estado de São Paulo é o consumidor. A partir desse pressuposto, constata-se que, nas situações comprovadas pelo Ministério Público Federal de recusa, praticada na forma de omissão, em atender à demanda daquele ente estatal, consubstanciada nos pedidos de compra de medicamentos por força de determinação judicial, as agravadas infringiram o disposto no artigo 39 do referido estatuto, o qual veda ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) II - *recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes.*

- Presente o *fumus boni juris*, está demonstrado também que a conduta das empresas réis, se mantida, pode vir a causar dano grave de difícil reparação à sociedade em geral, dado que a compra dos medicamentos na rede varejista, como tem ocorrido em muitos casos, conforme demonstrado pelos documentos apresentados pelo *parquet* federal, a preços superiores aos praticados pelos fornecedores na venda direta à administração pública, cuja negociação tem desconto previsto na sistemática do CAP editada pela CMED em sua Resolução nº 4 de 2006, no cômputo geral, tem gerado prejuízos de milhões de reais aos cofres públicos.

- 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, bem como que a providência requerida pelo agravante de notificação pessoal das autoridades é descabida no âmbito do agravo de instrumento.
- Os provimentos antecipatórios revelam, *in casu*, a necessidade de urgência, posto que se destinam a propiciar o mais célere atendimento das ordens judiciais, que se referem ao fornecimento de medicamentos considerados imprescindíveis a situações de saúde inadiáveis e resultantes de prescrições médicas. Em função da urgência, relevância e necessidade, bem como que as empresas agravadas já não atenderam solicitações anteriores, impõe-se a multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em caso de descumprimento da tutela concedida.
- Preliminar rejeitada. Agravo de instrumento parcialmente provido. Agravos regimentais de fls. 953/965, 1468/1477 e 1539/1548 prejudicados.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar e dar parcial provimento ao agravo de instrumento, prejudicados os agravos regimentais de fls. 953/965, 1468/1477 e 1539/1548, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de julho de 2013.