



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Processo nº 0005237-05.2014.403.6111

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: A.L.B. DA FONSECA – EPP

R.P.4 DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA

**R.A.P. APARECIDA – COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS
LTDA**

ARP FARMA COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA – ME

CIRÚRGICA OLÍMPIO LTDA – EPP

VALINPHARMA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA

DELMED COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA – EPP

Assistente: UNIÃO FEDERAL

SENTENÇA TIPO A (RES. Nº 535/2006 – CJF)

REGISTRO Nº 808 /2016

Vistos.

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, promovida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de A.L.B. DA FONSECA – EPP, R.P.4 DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA, R.A.P. APARECIDA – COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA, ARP FARMA COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA – ME, CIRÚRGICA OLÍMPIO LTDA – EPP, VALINPHARMA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA e DELMED COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA – EPP, mediante a qual pretende o autor a condenação dos réus em obrigação de fazer, consistente em efetuarem prontamente a venda de medicamentos com a incidência do desconto/redutor de preço denominado



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

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. Pede, também, que nas hipóteses em que não for cabível a aplicação do CAP, o valor de venda dos medicamentos referidos tenha por limite máximo o Preço de Fábrica. Requer, ainda, que as empresas rés sejam condenadas a indicar à Secretaria Estadual de Saúde e aos seus Departamentos Regionais de Saúde os seus endereços, telefones e e-mail institucional, bem como mantenham tal informação atualizada, de modo a possibilitar 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 de Adequação de Preços - CAP, em razão de determinações judiciais. Pleiteia, para o caso de descumprimento, a fixação de *astreinte* no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Pretende, outrossim, a condenação das rés no ressarcimento ao erário dos valores que receberam indevidamente em razão da não observância do Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG, com juros, correção monetária e multa não inferior a 200 (duzentas) vezes o valor da UFIR, ou índice equivalente que venha a substituí-la. Por fim, requer a condenação das rés no pagamento de danos morais coletivos, em montante a ser fixado pelo juízo, sugerindo como valor mínimo a importância de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a ser recolhido ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD).

Em resumo, relata a inicial que as rés deixaram de aplicar ou se recusaram a aplicar o desconto obrigatório do Coeficiente de Adequação de Preço (CAP), previsto no art. 2º, inciso V, da Resolução CMED nº 04, de 18/12/2006, nas



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

vendas de medicamentos efetuadas ao Sistema Único de Saúde, Departamento Regional de Saúde de Marília (DRS-IX), nos exercícios de 2011, 2012, 2013 e 2014. Segundo o Diretor Técnico da Regional de Saúde em Marília, tal situação está relacionada à aquisição de medicamentos para o cumprimento de decisões judiciais, devido à exiguidade dos prazos fixados. Portanto, as normas de regência têm sido descumpridas pelos fornecedores indicados, o que causou e está causando prejuízos ao erário, mais especificamente aos recursos públicos destinados à saúde para a compra de medicamentos.

A ação veio instruída com o Inquérito Civil 1.34.007.000280/2011-13 (autos apensos).

Intimada a dizer sobre o interesse na presente ação (fls. 51), informou a União estar aguardando apreciação do Procurador Regional (fls. 55).

Por meio da decisão de fls. 56/60, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi parcialmente deferido, para o fim de determinar às empresas réas que nas hipóteses de compra de medicamentos para cumprimento de decisão judicial, havendo procedimento licitatório ou dispensa deste, forneçam imediatamente os medicamentos, salvo indisponibilidade de estoque, observando o Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG, ou seja, com a incidência do desconto mínimo 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 eventual órgão que venha a lhe suceder) e, nas hipóteses em que não for cabível a aplicação do CAP, seja observado o Preço Fábrica – PF, conforme definido na Orientação Interpretativa nº 2, de 13/11/2006. Para o caso de descumprimento, fixou-se multa diária no valor de R\$



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

1.000,00. Indeferiu-se, contudo, o pedido relativo à obrigatoriedade das rés de informarem à Secretaria Estadual de Saúde e aos seus Departamentos Regionais de Saúde os seus endereços, telefones e e-mail institucional, por se tratar de questão circunscrita ao interesse individual dos órgãos estaduais ou do Estado de São Paulo.

Todas as rés foram citadas, conforme fls. **83, 105, 108, 115, 121, 128** e **485**.

Às fls. **86**, manifestou a União interesse na presente ação, requerendo o seu ingresso no polo ativo da lide.

Às fls. **134/145**, a corrê Cirúrgica Olímpio Ltda EPP noticiou a interposição de agravo de instrumento.

Contestação da **Cirúrgica Olímpio Ltda EPP** foi apresentada às fls. **146/158**, instruída com os documentos de fls. **159/161**. Em sua defesa, aduz que a Resolução CMED nº 4/2006 consubstancia atuação abusiva do órgão, por ultrapassar os limites do poder regulamentar conferido ao Poder Executivo na disciplina do mercado de medicamentos e produtos farmacêuticos, em especial quanto à disciplina do desconto mínimo obrigatório nas operações comerciais estabelecidas entre as unidades produtoras e distribuidoras e o Poder Público. Taxa a delegação de competência à CMED de inconstitucional, por deixar de estabelecer qualquer parâmetro balizador do desempenho dessa função normativa, além de ferir os princípios da isonomia e da livre concorrência, pois, além de representar desapropriação por preço injusto, estabelece tratamento diferenciado para aquisição de medicamentos por entes públicos. Sustenta, ainda, violação aos artigos 173 e 174 da Constituição Federal e que o critério eleito para cálculo do CAP vai de encontro aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

Também afirma que a incidência do Coeficiente de Adequação de Preços (CAP) compromete a atividade econômica de fornecedores e distribuidores de medicamentos, na medida em que são obrigados a repassar à Administração Pública as mercadorias por valor inferior ao preço por eles pago aos laboratórios fabricantes, bem como sustenta que obrigar a venda, exceto apenas se não tiver no estoque, é uma interferência na gestão da empresa, circunstância que a norma da CMED não prevê, cabendo a esta a decisão de vender ou não, pois poderá ter prejuízo. Por fim, alega inexistir dano moral coletivo, pedido formulado pelo Ministério Público Federal de forma genérica, pois não indica em que consistiria o alegado dano moral, sendo inepta a inicial nesse ponto, pois destituída de *causa petendi*.

Contestação da **RAP Aparecida - Comércio de Medicamentos Ltda** foi juntada às fls. **179/208**. Alega, em síntese, que as vendas por ela realizadas ao órgão público citado sempre obedeceram ao preço mínimo de venda, não havendo prática de exacerbação de valores, de modo a gerar locupletamento indevido. Ademais, as vendas por ela realizadas seguiam rigidamente os pedidos formulados pelos funcionários da DSR de Marília, onde não era destacado que a venda deveria obedecer ao preço CAP, nem foi questionada a esse respeito, não havendo falar em recusa sua em fornecer os medicamentos pelo Coeficiente de Adequação de Preços. Além disso, se os medicamentos foram adquiridos pela Delegacia, é porque alcançaram as melhores ofertas de preços, sendo que as empresas não estão obrigadas a sofrerem prejuízo para atenderem ao Poder Público. Também afirma que a CMED, órgão responsável pela aplicação de penalidades, não lhe aplicou qualquer sanção pelos fatos aqui relatados, a reforçar a ideia de que não procede a pretensão manifestada na inicial. Refuta, ainda, o pedido de dano moral, que, segundo entende, não incide na relação estabelecida com o ente público.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

A contestação da **Valinpharma Comércio e Representações Ltda** foi juntada às fls. **221/225**. Em sua defesa, alega que participa tanto de pregões eletrônicos quanto de compras diretas, sendo o primeiro por meio do portal BEC, onde é impossível a venda de medicamentos acima do desconto CAP, o mesmo ocorrendo com o convite eletrônico. No que toca à compra direta, as próprias prefeituras e DRS's informam que o processo é judicial, não havendo em nenhum dos casos referidos propostas não aceitas, de forma que, se erro há, nasce da análise da Administração, eis que nada mais fez do que repassar ao ente público solicitante o valor mínimo que pode trabalhar sem que isso represente prejuízo, com o quê houve anuência. Se o ente público recebeu propostas com valores acima da tabela, caberia recusá-las prontamente, mas se comprou os medicamentos é porque a oferta representava o menor preço, pois não estava compelido a fechar o negócio com a contestante, de modo que não se pode imputar-lhe a culpa que é da Administração. Ademais, não se pode obrigar as empresas a vender seus medicamentos por preços impraticáveis, sob pena de prejuízos irreparáveis. Também afirma que muitos dos medicamentos citados na inicial como tendo sido fornecidos pela Valinpharma não estão dentre aqueles descritos na tabela CAP, de modo que não se há falar em ressarcimento, nem em danos morais coletivos, pois todas as vendas que efetuou foram regulares. Aduz, outrossim, ser de rigor a declaração de prescrição, em vista do lapso temporal de 3 anos para a reparação civil, como estabelecido no Código Civil. Juntou, além da procuração e cópia de alteração do Contrato Social (fls. **226/233**), os documentos de fls. **234/388**.

Contestação da **RP4 Distribuidora de Medicamentos Ltda** foi juntada às fls. **390/419**. Alega, em preliminar, ilegitimidade ativa *ad causam* do MPF, por haver regramento específico destinado ao mercado de medicamentos, o qual atribui à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, órgão ligado à ANVISA, a competência para fiscalização e aplicação de sanções pelo descumprimento



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

das Leis 10.742/2003 e 8.078/90, de modo que a legitimidade é da autarquia federal, representada, no caso, pela Procuradoria Federal. No mérito, sustenta a impossibilidade de se lhe impor o dever de venda de medicamentos à Administração Pública, pois tal relação impõe aos particulares atuantes no mercado condições demasiadamente prejudiciais, ante a necessidade de aplicação do CAP ou, quando menos, da utilização do PF – Preço Fábrica, de modo que, assim agindo, transfere o Estado aos particulares o ônus de dar pleno atendimento ao dever constitucional de prover a saúde da população. Ademais, não há mandamento legal que imponha o dever de vender medicamentos à Administração Pública, não se aplicando aqui o Código de Defesa do Consumidor, norma de Direito Privado. Cabe ao agente privado, no gozo de seu direito constitucional à livre iniciativa e à concorrência, decidir se realiza ou não a venda e, se o fizer, deverá observar a aplicação do CAP, mas sem que se lhe imponha essa obrigação. Afirma, outrossim, que a inobservância do PMVG de maneira isolada no ano de 2011 se deu por mero lapso operacional seu, eis que trabalha com número reduzido de funcionários, sendo desprovido de qualquer intenção de lesar o Poder Público, até mesmo porque o montante apurado pelo MPF é irrisório, de modo que, pautando-se na boa-fé, dispõe-se a devolver a quantia apontada na inicial mediante depósito judicial cuja guia anexa à sua peça de defesa. Por fim, reputa infundada a pretensão de condenação em danos morais coletivos. Juntou os documentos de fls. **420/478**.

Contestação da **ALB da Fonseca – ME** foi juntada às fls. **496/508**. Aduz, por primeiro, que a incidência do CAP sobre o Preço Fábrica dos medicamentos constitui num desconto mínimo obrigatório a ser aplicado unicamente pelas distribuidoras e laboratórios quando suas vendas tiverem como destinatária a Administração Pública, de forma que, tendo por atividade principal o comércio varejista de produtos farmacêuticos, não está obrigada a adotar a norma em questão. Sustenta, ainda, que a Resolução CMED nº 4/2006 ultrapassa os limites do poder regulamentar,



00052370520144036111



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

consubstanciando atuação abusiva do órgão, pois não há qualquer parâmetro para o desempenho da função normativa, o que configura uma grave ofensa ao princípio constitucional da legalidade. Também alega ofensa aos princípios constitucionais da ordem econômica, em especial a livre concorrência e a livre iniciativa, e violação ao princípio da isonomia. Argumenta, ainda, que não pode ser obrigada a vender medicamentos por preço que lhe trará prejuízo, o quê, além de incoerente, é inconstitucional. Ademais, caberia aos Departamentos Regionais de Saúde, ao receber a cotação, analisá-la, e se entender indevida em razão da não aplicação do CAP decidir por não realizar a compra dos medicamentos. Por fim, aduz não haver falar em dano moral coletivo decorrente de ato seu. Juntou os documentos de fls. **509/510**.

Contestação da **Delmed Comércio de Medicamentos Ltda** foi juntada às fls. **511/518**. Sustenta inconstitucionalidade na delegação de competência à CMED para estabelecer critérios para a fixação de margens de comercialização de medicamentos pelas distribuidoras, pois não se estabelece qualquer parâmetro balizador do desempenho dessa função normativa, sendo a lei o meio próprio de emanção de regras restritivas de direitos e impositivas de obrigações. Ademais, a competência da CMED para estabelecer critérios de fixação e ajuste de preços de medicamentos não legitima a imposição unilateral de descontos para a grande maioria dos medicamentos a serem adquiridos pela Administração Pública, sob pena de se violar os princípios relativos à ordem econômica (livre concorrência e livre iniciativa). Também sustenta violação ao princípio da isonomia, ao estabelecer tratamento diferenciado para aquisição de medicamentos por entes públicos junto ao setor privado, bem como ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no critério eleito para cálculo do CAP, desconto este que compromete a atividade econômica de fornecedores e distribuidores de medicamentos, na medida em que são obrigados a repassar à Administração Pública os medicamentos por valor inferior ao preço por eles pago aos



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

laboratórios fabricantes, o que é um verdadeiro absurdo. Alega, ainda, que nunca se mostrou resistente a fornecer seus produtos utilizando o Coeficiente de Adequação de Preços, tampouco houve recusa em realizar qualquer venda, mesmo porque nunca foi questionada sobre a aplicação do CAP, de modo que se houve ilegalidade ou negligência essa se deu por culpa única e exclusiva do responsável da DRS IX, porquanto todas as compras eram realizadas por cotação, levando-se em consideração o menor preço encontrado no mercado. Por fim, igualmente sustenta inoccorrência de dano moral coletivo, que pressupõe um ilícito que gere repulsa social, o que não ocorreu.

Às fls. **521**, certificou-se o decurso do prazo para a corrê **ARP Farma Comércio de Medicamentos Ltda – ME** apresentar contestação.

Às fls. **525**, o autor veio informar descumprimento da liminar pela empresa **ALB da Fonseca EPP**, juntando documentos (fls. **526/553**).

Decisão proferida no Agravo de Instrumento apresentado pela **Cirúrgica Olímpio Ltda – EPP**, indeferindo o efeito suspensivo pleiteado, foi juntada às fls. **555/558**.

Por meio do despacho de fls. **560**, deferiu-se o ingresso da União na ação, na condição de assistente litisconsorcial do autor. Também se decretou a revelia da corrê **ARP Farma Comércio de Medicamentos Ltda – ME**, bem como se determinou a intimação da corrê **ALB da Fonseca EPP** para manifestar-se sobre a alegação de descumprimento da decisão de antecipação da tutela.

Certidão de decurso de prazo para manifestação da **ALB** foi exarada às fls. **563**.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

Em réplica, falou o Ministério Público Federal às fls. **566/568**, ocasião em que também requereu a intimação pessoal do representante legal da empresa **ALB da Fonseca – EPP** para apresentar justificativa para o não cumprimento da liminar deferida nos autos. Anexou os documentos de fls. **569/594**.

Embora a destempo, a **ARP Farma Comércio de Medicamentos Ltda ME** apresentou contestação às fls. **596/602**, anexando procuração às fls. **603**.

Por meio do despacho de fls. **605**, deferiu-se o pedido do MPF para intimação pessoal do representante legal da **ALB da Fonseca – EPP**, bem como foram as partes intimadas para especificação de provas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. **610**, requerendo o julgamento antecipado da lide; a Delmed, às fls. **614**, disse não desejar produzir outras provas; a Cirúrgica Olímpio informou que todas as provas estão no bojo dos autos, nada tendo a especificar nesse momento processual (fls. **618**); a RP4, igualmente, afirmou não ter mais provas a produzir (fls. **619**); a RAP, por sua vez, reiterou o pedido de produção de prova testemunhal (fls. **620**).

Sobre a alegação de descumprimento da liminar, manifestou-se a **ALB da Fonseca – EPP** às fls. **621/625**, juntando os documentos de fls. **626/630**. Não especificou provas.

Nova vista ao Ministério Público Federal, manifestou-se o parquet às fls. **632**, sustentando restar demonstrado o descumprimento da liminar concedida.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

Às fls. **639**, manifestou-se a União, esclarecendo não pretender produzir novas provas.

Às fls. **640**, certificou-se o decurso do prazo para as corrés ALB da Fonseca – EPP, ARP Farma e Valinpharma especificarem provas.

A seguir, vieram os autos conclusos.

II – FUNDAMENTOS

Do descumprimento da tutela de urgência:

Tal como já assinalado pelo Ministério Público à fl. 632, a justificativa apresentada pela corré ALB da Fonseca – ME baseia-se nos argumentos de mérito de sua defesa e, assim, confirma que a decisão de tutela de urgência está sendo descumprida, já que com ela discorda. Logo, diante do decidido à fl. 60, mantido provisoriamente pela Egrégia Corte (fls. 555/558), cumpre-se fixar a multa pelo descumprimento. Considerando que o juízo pode modificar a multa de ofício (art. 461, §6º, CPC/73 e art. 537, §1º do NCPC), verifico que o critério adequado para sua incidência não é a de dia de descumprimento, mas de evento. Logo, tomando-se por base as ocasiões em que a mencionada ré descumpriu a tutela (conforme fls. 527/529) a multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) passa a incidir por evento. Considerando que a multa é de ser exigida no trânsito em julgado, sua execução será providenciada na fase de cumprimento de sentença.

Da desnecessidade de produção de provas:



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

De início, indefiro o pedido de produção de prova testemunhal formulado pela corré **RAP Aparecida – Comércio de Medicamentos Ltda** às fls. **620**, eis que as alegações que apresenta em sua defesa não demandam prova oral para sua solução, sendo suficientes para análise da controvérsia as provas documentais já produzidas.

Desse modo, julgo antecipadamente o pedido, na forma do artigo 355, I, do novo CPC, apreciando, por primeiro, as questões preliminares arguidas em contestação.

Das preliminares:

Aduz a corré **RP4 Distribuidora de Medicamentos Ltda** a **ilegitimidade** do Ministério Público Federal para ingressar com a presente ação, uma vez que há regramento específico destinado à regulação do mercado de medicamentos, o qual fixa a competência da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, órgão interministerial ligado à Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, para monitorar o mercado de medicamentos e decidir pela aplicação de penalidades pelo descumprimento do quanto disposto na Lei nº 10.742/2003 e Lei nº 8.078/90. Portanto, segundo entende, cabe à ANVISA a representação da CMED por meio da Procuradoria Federal, não detendo competência para tanto o Ministério Público Federal.

Convém registrar, por primeiro, que a CMED não faz parte da estrutura organizacional da ANVISA. Na verdade, nos termos do artigo 7º do Decreto nº 4.766/2003, a ANVISA exerce a função de Secretaria-Executiva da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, órgão que integra o Conselho de Governo da



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

Presidência da República e possui composição interministerial (art. 1º e 3º do Decreto nº 4.766/2003), de modo que, não possuindo a CMED personalidade jurídica própria, sua representação em juízo é feita pela União.

Ademais, na presente ação civil pública não está o Ministério Público Federal defendendo interesse específico dos órgãos públicos mencionados, mas atua visando a preservar o patrimônio da União, na medida em que há repasse de recursos do Fundo Nacional de Saúde ao Fundo Estadual de Saúde, os quais são utilizados para cobrir despesas com ações e serviços públicos de saúde, inclusive na aquisição de medicamentos para atender à demanda da rede pública de saúde.

Assim, à luz dos artigos 127 e 129, III, da CF, o Ministério Público Federal tem legitimidade para o ajuizamento da presente ação civil pública. Registre-se, ainda, que a União Federal manifestou interesse na presente ação (fls. **86**), o que reforça a competência da Justiça Federal, nos termos do artigo 109, I, da Constituição Federal.

Por sua vez, a **Cirúrgica Olímpio Ltda** alega que a inicial é **inepta** quanto ao pedido de condenação em dano moral coletivo, por ausência de *causa petendi* (fls. **157**, supra). Tal arguição, igualmente, não prospera. Segundo a inicial (fls. **32/40**), o pedido de dano moral coletivo está fundado na ofensa a valores relevantes para a coletividade, pois a postura das rés de não se sujeitarem aos preços de venda de medicamentos normativamente fixados acaba dificultando o próprio acesso à saúde, direito de todos e dever do Estado, configurando, assim, lesão a interesse juridicamente protegido. Não há, portanto, sob esse enfoque, inépcia da petição inicial.

Também não se há falar em **prescrição**. Na compreensão da **Valinpharma Comércio e Representações Ltda** há que se declarar a prescrição da



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

reparação civil em vista do lapso temporal de 3 anos estabelecido no Código Civil (fls. 223, 6º parágrafo). Nada obstante, o ressarcimento ao erário, em ilícitos decorrentes de infração ao direito público, é imprescritível, nos termos da Constituição Federal (art. 37, § 5º) e do entendimento que prevalece no e. STJ (RESP 1.350.656, j. 05/09/2013; AGARESP 488.608, j. 16.12.2014; AGARESP 1.427.640, j. 18.06.2014) e no colendo STF (MS 26.210, j. 04/09/2008), de modo que permanece íntegra a pretensão do autor nesse aspecto.

Oportuno observar, ainda, ter sido decretada a revelia da corré **ARP Farma Comércio de Medicamentos Ltda – ME** (fls. 560), uma vez que não apresentou defesa no prazo legal, tendo anexado sua contestação a destempo, conforme fls. 596/602. A revelia decretada, contudo, não conduz necessariamente à procedência do pedido em relação à referida corré, eis que a sua aplicação se limita a questões de fato, não abrangendo a matéria de direito exposta na inicial (art. 344 do novo CPC). Registre-se, ademais, que a referida corré ingressou na lide, inclusive, constituindo advogado (fls. 603), de modo que pode intervir no feito, na forma do art. 346, parágrafo único, do novo CPC.

Do mérito:

Afastadas as questões prévias, passo à análise do mérito.

Na presente ação, pretende o Ministério Público Federal sejam as corrés condenadas a efetuarem prontamente a venda de medicamentos aos entes da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, 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



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

previstas nos atos normativos e orientativos da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED (ou outro órgão que porventura venha a lhe suceder), ou, então, que o valor da venda tenha por limite máximo o Preço de Fábrica, na hipótese em que não for cabível a aplicação do CAP, salvo, em ambos os casos, absoluta impossibilidade, isto é, caso fortuito ou força maior, documentalmente comprovada.

Pois bem. A Lei nº 10.742/2003 (resultado da conversão da Medida Provisória nº 123, de 23/06/2003), que definiu normas de regulação para o setor farmacêutico, criou a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, órgão que tem por objetivos a adoção, implementação e coordenação de atividades relativas à regulação econômica do mercado de medicamentos, voltados a promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor (art. 5º).

No exercício de suas funções regulamentares, a CMED instituiu o Coeficiente de Adequação de Preço - CAP, cuja utilização inicial visava ao estabelecimento de preço de produtos novos e novas apresentações a serem introduzidos no mercado nacional (Resolução CMED nº 2, de 05/03/2004).

A Orientação Interpretativa nº 02, de 13/11/2006, estabeleceu que, nos fornecimentos para órgãos públicos através de licitações ou não, o distribuidor fica obrigado a vender os produtos tendo como referencial máximo o preço fabricante (também chamado preço fábrica), que é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz. A mesma Orientação Normativa assentou que Preço Máximo ao Consumidor (PMC) é o preço a ser praticado pelo comércio varejista, ou seja, farmácias e drogarias, e o Preço Fábrica (PF) é o teto de preço pelo qual um laboratório



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento.

Na sequência, por meio da Resolução CMED nº 4, de 18/12/2006, houve nova definição para o CAP, que passou a ser tido como um desconto mínimo obrigatório as ser aplicado sempre que forem realizadas vendas de medicamentos destinadas aos entes da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios pelas distribuidoras e as empresas produtoras de medicamentos (art. 1º, § 1º). A aplicação do CAP sobre o Preço Fábrica (PF) resultará no Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG) (art. 1º, § 2º). A relação de produtos cujos preços devem ser submetidos ao CAP é definida pelo Comitê Técnico-Executivo e editada pela Secretaria-Executiva da CMED (art. 2º, § 1º). Já nas aquisições realizadas por força de decisão judicial, o CAP é aplicado para qualquer medicamento (art. 2º, V).

Portanto, a partir da Resolução CMED nº 4, de 2006, há um preço teto para compras governamentais de medicamentos, que deve ser observado em qualquer procedimento de licitação ou nas compras realizadas por força de decisão judicial, sendo o limite máximo de valor a partir do qual se deve iniciar o processo de negociação.

Oportuno também citar a Resolução CMED nº 4, de 07/08/2007, publicada em 15/08/2008 e republicada em 18/09/2008, que alterou o *caput* do artigo 1º da Resolução nº 4, de 18/12/2006, passando a vigorar com a seguinte redação:

“As distribuidoras, as empresas produtoras de medicamentos, os representantes, os postos de medicamentos, as unidades volantes, as farmácias e drogarias deverão aplicar o Coeficiente de Adequação de Preço – CAP ao preço dos produtos definidos no art. 2º desta Resolução, sempre que realizarem vendas destinadas a entes da administração



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

Assim, além das distribuidoras e das empresas produtoras de medicamentos, também os representantes, os postos de medicamentos, as unidades volantes, as farmácias e drogarias são alcançadas pela Resolução CMED nº 4, de 2006, de modo que, ao realizar vendas a entes da Administração Pública, deverão respeitar o limite do Preço Fabricante - PF, conforme Orientação Interpretativa nº 2, de 2006, ou o Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG, nos casos de obrigatoriedade de aplicação do Coeficiente de Adequação de Preço – CAP.

Desse modo, não procede a alegação da **ALB da Fonseca – ME** de que não está sujeita à aplicação do CAP, por ter por atividade principal o comércio varejista de produtos farmacêuticos, uma vez que a norma em questão não mais se limita às distribuidoras e laboratórios farmacêuticos.

Também não prospera a alegação de inconstitucionalidade sustentada pelas corrés **Cirúrgica Olímpio, ALB e Delmed**, quanto ao poder regulamentar atribuído à CMED e a disciplina do CAP. O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de apreciar a questão, reconhecendo aquela Corte de Justiça que não há ofensa a princípios constitucionais na delegação de competência à CMED para o estabelecimento de critérios na fixação do preço de medicamentos, nem na imposição de limitação de preço para venda a ente público. 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



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

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.

(STJ, MS 12915/DF, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 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 assembleia 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.

(STJ, MS 12730/DF, Relator Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 03/09/2007, p. 112)

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS 28487/DF), justamente apresentado contra a decisão do Superior Tribunal de Justiça que denegou a segurança no MS 12915/DF, cuja ementa está acima transcrita, igualmente reconheceu não haver ilegalidade nem ofensa a outros



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

princípios constitucionais na utilização do Coeficiente de Adequação de Preço - CAP como desconto obrigatório nas vendas ao Poder Público. Confira-se, abaixo, a ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO. COMPETÊNCIA NORMATIVA CONFERIDA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS (CMED). COEFICIENTE DE ADEQUAÇÃO DE PREÇO (CAP). LEI Nº 10.742/2003. RESOLUÇÃO Nº 4/2006. TUTELA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE (ART. 196 CF). RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA NÃO PROVIDO.

1. A Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) está prevista na Lei nº 10.742/03 como órgão técnico necessário à regulação do setor farmacêutico, justificando-se, especialmente, pelas complexidades do mercado de medicamentos.

2. A amplitude da delegação normativa consiste no fundamento fático-jurídico do exercício do poder regulamentar pela Administração Pública, que deve atuar em consonância com a lei, atendendo à necessidade de regulação do setor farmacêutico e em respeito à dinâmica e às peculiaridades técnicas do mercado de medicamentos.

3. O percentual de desconto obrigatório e linear nas vendas de determinados medicamentos ao Poder Público, chamado Coeficiente de Adequação de Preço (CAP), opera como fator de ajuste de preços, permitindo, assim, que se chegue ao "Preço Máximo de Venda ao Governo" (PMVG), o que vai ao encontro da reprovação constitucional do aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4º, CF/88).

4. A Constituição Federal de 1988 agrega preocupação social aos princípios gerais da atividade econômica, resultando em legítima atuação do Estado na promoção do acesso universal e igualitário à saúde, direito social garantido pelo art. 196 da Constituição Federal, cuja responsabilidade é partilhada pelo Estado e por toda a sociedade.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

(STF, RMS 28487/DF, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, j. 26/02/2013, Primeira Turma, DJe 15-03-2013)

Merecem destaque trechos do voto condutor do acórdão, que se contrapõem às alegações apresentadas pelas corréis em suas defesas:



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

“Registro, inicialmente, a ausência de afronta ao princípio da igualdade quanto ao tratamento dispendido ao Poder Público quando diante da necessidade de compra de medicamentos especiais (de alto custo, hemoderivados, tratamento de DST/AIDS e câncer) ou de situações excepcionais (compras por força de decisão judicial), pois essas relações jurídicas são distintas das relações jurídicas de compra e venda estabelecidas entre empresas do setor privado; ou entre empresas do setor privado e a Administração Pública, no caso de medicamentos ou circunstâncias ordinários.”

“Também não há que se falar em afronta ao princípio da legalidade, na medida em que a alegada amplitude da delegação normativa consiste no fundamento fático-jurídico do exercício do poder regulamentar pela Administração Pública, que deve atuar em consonância com a lei, atendendo, no caso, à necessidade de regulação do setor farmacêutico e respeitando a dinâmica e às peculiaridades técnicas do mercado de medicamentos.

Assim, não assiste razão à recorrente também quanto à tese de ausência de correspondência entre a previsão normativa de competência da CMED para “estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos” (art. 6º, II, da lei nº 10.742/03) e a atuação da referida Câmara mediante a imposição unilateral de descontos nos preços de determinados medicamentos nas vendas ao Poder Público.”

“A aplicação do redutor nas vendas de medicamentos para entes da Administração Pública vai ao encontro da garantia ao acesso universal e igualitário à saúde (art. 196 da CF/88), cuja responsabilidade é partilhada pelo Estado e por toda a sociedade.”

“Não há que se falar em arbitrariedade ou ausência de proporcionalidade ou razoabilidade na inclusão do PIB per capita de determinados países no cálculo do Coeficiente de Adequação de Preços, pois referido índice corresponde a indicadores de desenvolvimento socioeconômico de países cujo “preço fábrica” do medicamento poderá influenciar na fixação do “preço fábrica” no Brasil (art. 4º, § 2º, inciso VII, da Resolução CMED nº 2/04).

Acrescente-se que o juízo de conveniência e oportunidade, in casu, engloba a ponderação acerca da adequação e da necessidade dos critérios utilizados na definição do Coeficiente de Adequação de Preço (CAP), medida própria do órgão administrativo criado com capacidade técnica para esse fim.”



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

“No caso dos autos, não configura atuação injusta do órgão regulador do setor farmacêutico a incidência de desconto obrigatório sobre o “preço fábrica”, cujo objetivo é ajustar o teto do valor a ser cobrado da Administração Pública por determinados produtos à circunstância fática de o Estado ser o promotor, em regra, do acesso da população a tratamentos de alta complexidade, com medicamentos de custo elevado e uso continuado, afastando-se, assim, o exercício abusivo do poder econômico por parte de produtores e distribuidores de medicamentos desonerados de custos operacionais ordinários da atividade comercial corrente.

Ademais, a formalização de contrato de compra e venda com o Poder Público não é a única atividade econômica possível de ser desenvolvida por empresa distribuidora de medicamentos, não havendo que se falar em comprometimento da atividade de empresa.

Ressalto, mais uma vez, que o “preço fábrica/fabricante” corresponde ao valor máximo pelo qual um medicamento pode ser comercializado com as demais empresas, o que não impede a fixação de um preço mais acessível do medicamento, seja mediante a aplicação voluntária de desconto, seja em razão da incidência obrigatória do CAP.

Não há, portanto, ato ilegal ou abusivo por parte da autoridade impetrada – Conselho de Ministros da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – ao fundar o Coeficiente de Adequação de Preço (CAP), o qual opera como índice percentual de incidência obrigatória nos casos previstos nas normas reguladoras do instituto, o que, por conseguinte, nega a existência de direito líquido e certo a não aplicação do CAP no caso em questão.”

Desse modo, afigura-se legítima a intervenção da CMED na regulação de preços no mercado de medicamentos, bem como a fixação de um preço teto para venda ao Poder Público.

Registre-se, ademais, que ninguém é obrigado a contratar com a administração pública, nem quanto ao fornecimento de medicamentos. Se o preço teto previamente estabelecido se revela insatisfatório ou suscetível de causar prejuízos, os fornecedores são livres para aceitar ou não as condições impostas. Mas, se participarem de procedimentos licitatórios ou aceitarem o convite da administração nos casos de venda direta, há necessidade da aplicação do Coeficiente de Adequação de Preço



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

(CAP), a fim de que seja observado o Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG, sob pena de se sujeitarem às sanções previstas na Lei nº 10.742/2003. Além disso, quem contrata com o Estado sabe de antemão das condicionantes constitucionais, legais e regulamentares em prol da conformação do interesse público primário aos interesses econômicos dos particulares.

Portanto, nesse aspecto, a pretensão do Ministério Público Federal é procedente em parte (itens “a” e “b” – fls. 45), pois, em conformidade com a Resolução CMED mº 4/2006 e Orientação Interpretativa nº 2/2006, as empresas rés, sempre que pretenderem contratar com o Poder Público, devem observar o PMVG, nas hipóteses em que prevista a aplicação do CAP, ou o Preço Fábrica (PF), quando não cabível a utilização do CAP. Não obstante, obviamente não se pode obrigar empresas privadas a participarem de licitações, pois a atividade empresarial não pode ser direcionada a esse ponto, de modo que não se acolhe o pedido quanto ao requerimento de condenação das rés *em efetuarem prontamente a venda de medicamentos sempre que solicitados pelos entes da administração pública, salvo caso fortuito ou força maior*, por implicar em embaraço à autonomia ínsita à livre iniciativa, inculpada como princípio em nossa Carta Magna (art. 170). Consigne-se, ademais, que não se demonstrou ter havido recusa, de qualquer das corrés, em vender medicamentos à Delegacia Regional de Saúde de Marília. O que se alega é que a venda realizada não observou os parâmetros estabelecidos em regulamento, o que impõe ressarcimento, se efetivamente demonstrada a ocorrência de prejuízo.

Deveras, é cediço que o Poder Público pode em casos de iminente perigo público usar de bens particulares através do procedimento de requisição administrativa, tal como previsto no artigo 5º, inciso XXV, da CF e, quanto aos serviços de saúde, o artigo 18, inciso XIII, da Lei 8.080/90, no seguinte teor: *para atendimento*



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;

Por óbvio, essa providência, embora de caráter urgente, não pode ser realizada sem a observância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública (art. 37 da CF) e, ausente elemento dos autos que comprove causa justificadora da requisição administrativa, não cabe estabelecer como regra o fornecimento direto de medicamentos pelas rés.

Logo, a procedente é apenas parcial.

Quanto ao pedido formulado no item “c” da inicial (fls. 46), mantém-se o indeferimento, conforme decidido às fls. 57vº, além do quê, ausente previsão legal, não se pode constranger empresas privadas a manterem cadastro nos órgãos estaduais de saúde, como pretendido, mesmo porque, como já ressaltado, não se pode obrigá-las a participar de procedimento licitatório nem a realizar venda que lhe seja lesiva.

Também requer o autor a condenação das rés no ressarcimento ao erário dos valores que receberam indevidamente em razão da não observância do Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG, com juros, correção monetária e multa não inferior a 200 vezes o valor da UFIR ou índice equivalente que venha a substituí-la (item “d” – fls. 47).



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

De acordo com a inicial, as rés deixaram de aplicar ou se recusaram a aplicar o desconto obrigatório correspondente ao Coeficiente de Adequação de Preços (CAP) nas vendas de medicamentos efetuadas ao Sistema Único de Saúde, por meio do Departamento Regional de Saúde de Marília (DRS-IX), nos exercícios de 2011, 2012, 2013 e 2014. Os prejuízos decorrentes estão assim estimados (tabelas de fls. **05**):

Fornecedor	Prejuízo – R\$				Total
	2011	2012	2013	2014	
ALB	9.159,66	14.015,65	18.821,36	21.853,79	63.850,46
Valinpharma	1.453,46	3.495,30	8.866,27	5.987,57	19.802,60
Delmed	0,00	5.812,71	14.148,84	0,00	19.961,55
ARP Farma	567,36	10.872,52	0,00	0,00	11.439,88
C. Olímpio	1.427,40	373,26	0,00	0,00	1.800,66
RP4	1.462,38	0,00	0,00	0,00	1.462,38
RAP	1.766,15	0,00	0,00	0,00	1.766,15

Essa apuração foi realizada com base na avaliação de documentos encaminhados pelo Departamento Regional de Saúde de Marília, encartados nos apensos – mídias de fls. **406** e **409**, contendo as relações de medicamentos adquiridos pelo referido Departamento para atendimento a determinações judiciais nos anos de 2011, 2012, 2013 e 2014, elaboradas em conformidade com as notas fiscais referentes às aquisições mencionadas, igualmente apresentadas pela DRS de Marília (fls. **353/389** – Vol. II do apenso I; fls. **08/38** e **61/183** – Vol. I, do apenso II; fls. **246/332** – Vol. II do apenso II).

Oportuno observar que as corrés não se insurgiram contra a estimativa de prejuízo apresentada pelo Ministério Público Federal, limitando-se a tecer oposição à aplicação do CAP, cuja incidência nas vendas ao Poder Público é legítima, como restou acima esclarecido.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

Portanto, demonstrada a venda de medicamentos à Delegacia Regional de Saúde de Marília, cujas compras foram realizadas pelo ente público por força de ação judicial, sem observância do Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG, resultando em prejuízo ao erário, **certamente os valores pagos a maior devem ser ressarcidos**, seja com fundamento no art. 927 do Código Civil, seja com base no artigo 41 da CDC, que prevê a restituição da quantia recebida em excesso, quando não respeitado o preço limite previamente estabelecido para determinado produto ou serviço. Na espécie, considerando a situação especial em que se encontra o Estado na compra direta de medicamentos, é possível considerar que assume o ente público, nessa circunstância, a condição de consumidor. O e. TRF da 3ª Região também considera a existência de uma relação de consumo entre os fornecedores de medicamentos e o ente estatal adquirente. Confira-se:

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 (...)

Constata-se a existência de relação de consumo entre as empresas agravadas e o ente público.- A República Federativa do Brasil constituiu-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



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

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.

(...)

(TRF- 3ª Região, AI – 460982, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1: 22/07/2013)

Obviamente, os valores a serem ressarcidos devem ser monetariamente atualizados, com fluência dos juros de mora a partir do evento danoso, nos termos da Súmula nº 54 do e. STJ. Deixa-se, contudo, de aplicar às rés a multa postulada pelo *parquet* no item “d” do pedido, eis que não se aponta a fundamentação legal de tal pleito.

De outro giro, embora reconhecido o descumprimento de normas regulamentares pelas corrés em detrimento do Poder Público e o consequente dever de ressarcimento, cabe, nesse ponto, tecer algumas considerações.

A observância às normas regulamentares citadas, que preveem a aplicação do CAP na venda de medicamentos ao Poder Público, não é restrita às empresas privadas que contratam com o Estado. O gestor público igualmente deve estar atento à observância dos preços teto pelos fornecedores de medicamentos e, no caso de descumprimento, cumpre-lhe comunicar o fato à CMED, sob pena de responsabilização



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

por aquisição antieconômica e pela devolução dos recursos pagos acima do teto estabelecido pelos normativos da Câmara de Regulação de Medicamentos. Essa a orientação que consta no Acórdão TCU 1437/2007. Confirma-se a ementa da decisão:

REPRESENTAÇÃO. ESTUDOS INTER-INSTITUCIONAIS PARA FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS DE ACEITABILIDADE DE PREÇOS PARA COMPRA DE MEDICAMENTOS PELO SETOR PÚBLICO. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO. 1. Cumpre ao Estado, por meio de órgão próprio, atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica, notadamente em situação de mercado imperfeito em que a demanda inelástica cria condições favoráveis à prática de abuso econômico, como é o caso do mercado de fármacos. 2. Fixados os critérios de aceitabilidade de preços pelo órgão competente, incumbe ao Administrador Público, em suas políticas de compra de medicamentos, observar e impor aos fornecedores as vantagens que devem ser obrigatoriamente praticadas nas compras do setor público, sob pena de, por aquisição antieconômica, devolução dos recursos pagos acima do teto estabelecido pelos normativos aplicáveis, mediante instauração de tomada de contas especial. 3. No campo de atuação pedagógica e preventiva, incumbe ao Tribunal orientar gestores, conselhos de saúde e demais segmentos do controle social e da população, sobre os mecanismos regulamentares disponíveis para a aquisição mais vantajosa de medicamentos por parte do setor público nos níveis federal, estadual e municipal.

É certo que o comprador público, diante da premência, pode não dispor de tempo suficiente para a compra de um medicamento, pois a demora pode acarretar custos muito superiores que aqueles decorrentes de uma aquisição antieconômica, inclusive, com risco de perda de vidas, fazendo com que o gestor esteja, muitas vezes, numa situação de fragilidade ao negociar um medicamento. O mesmo ocorre nas compras de medicamentos realizadas por ordem judicial, o que praticamente retira do comprador a possibilidade de planejamento ou de uma negociação de preço.

Tais circunstâncias, contudo, não retira dos responsáveis pela gestão pública o dever de adotarem as providências necessárias ao fiel cumprimento do que se



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

encontra estabelecido nos atos normativos do órgão regulador do setor de medicamentos. Assim, da mesma forma como ocorrem nas licitações, onde os editais devem mencionar expressamente a obrigatoriedade de aplicação do Coeficiente de Adequação de Preços–CAP, nas aquisições de medicamentos para atender mandados judiciais é recomendável que se mencione que a contratação será realizada para atender a essa finalidade.

Na espécie, observa-se, nos pedidos de orçamento encaminhados à Valinpharma, anexados às fls. **262/302**, que a Delegacia Regional de Saúde de Marília tem seguido esse procedimento, sempre informando a razão pela qual deve ser adquirido o medicamento cujo orçamento se pleiteia.

Não obstante, em reunião realizada nas dependências do Ministério Público Federal de Marília em **26/01/2012**, conforme Ata de fls. **23/24** do apenso, os representantes do Departamento Regional de Saúde de Marília assim se manifestaram: *(1) inicialmente, a Regional de Saúde de Marília esclareceu que já adquiriu e continua a adquirir medicamentos por ordem judicial, sem aplicação do CAP, em razão de recusa do fornecedor (indústrias farmacêuticas, distribuidor, representante, drogarias) e que adota essa postura porque há prazo para atendimento das determinações judiciais, normalmente 24 ou 48 horas, e existe o temor da responsabilização, fato que inclusive já ocorreu com comparecimento de servidores perante a autoridade policial para prestar esclarecimentos; (2) a Regional afirma que aquisições sem aplicação do CAP não são a maioria, razão pela qual não tem comunicado o seu órgão central (Secretaria Estadual de Saúde) dessas ocorrências (...).*

A realização de compras de medicamentos sem observância das regras estabelecidas pela CMED pelo Departamento Regional de Saúde de Marília



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

também consta da Informação de fls. **156/157**, de **04/11/2013**, onde igualmente se afirma que tal fato trata-se de exceção e que não são encaminhados os relatórios à Coordenadoria de Regiões de Saúde (CRS), a fim de que a CMED adote as medidas punitivas, justificando tal inércia no grande número de ações judiciais, ou seja, no excesso de trabalho e na escassez de recursos humanos.

Portanto, não há dúvida de que a Delegacia Regional de Saúde de Marília vem adquirindo medicamentos para atendimento a determinações judiciais sem aplicação do Coeficiente de Adequação de Preços – CAP, alegando recusa dos fornecedores em aplicar o referido desconto, mas sem tomar qualquer providência, a fim de solucionar tal irregularidade. Ademais, não se comprova que as empresas fornecedoras foram alertadas de que os medicamentos orçados estavam sujeitos à incidência do CAP e, de forma efetiva, recusaram-se à sua aplicação, havendo apenas indício de que estavam cientes do fato de se tratar de compra por ordem judicial, como se extrai dos pedidos de orçamento já citados, o que, contudo, não basta para isentar de responsabilidade o gestor público.

Desse modo, entendo também necessária a apuração de conduta do agente responsável pela aquisição de medicamentos no Departamento Regional de Saúde de Marília, a fim de averiguar se as compras realizadas sem aplicação do CAP não foram decorrentes de incúria com a coisa pública, ou mesmo dolo, a caracterizar ato de improbidade administrativa.

DO DANO MORAL COLETIVO

Por fim, requer o Ministério Público Federal a condenação das rés no pagamento de danos morais coletivos, pois, segundo sustenta, a conduta das empresas



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

rés, de recusa em fornecer medicamentos ao Poder Público com a aplicação do Coeficiente de Adequação de Preços (CAP), dificulta e onera indevidamente a execução das políticas públicas, sociais e econômicas, impedindo o próprio acesso à saúde, o que ofende o patrimônio imaterial de toda a coletividade e inegavelmente demanda reparação moral.

Pois bem. Na esfera individual, a principal finalidade da indenização por danos morais é atenuar as consequências do prejuízo verificado, já que o sofrimento, o constrangimento e outros dissabores experimentados não podem ser plenamente reparados. Por outro lado, a existência do dano moral coletivo depende da ofensa a interesses legítimos, valores e patrimônio ideal de uma coletividade que devam ser protegidos. Porém, não é qualquer ofensa a interesses de uma coletividade que merece a indenização por dano moral. A violação ocorrida deve ser significativa, intolerável e grave a ponto de produzir intranquilidade social.

No presente caso, contudo, não se vislumbra a ocorrência de dano moral coletivo em razão da conduta imputada às corrés. Com efeito, os próprios agentes do Departamento Regional de Saúde de Marília, responsáveis pelas aquisições de medicamentos, afirmam que os fatos relatados são exceção, tanto que nem comunicaram ao órgão superior, a demonstrar não se tratar de situação de grave lesão a valores e interesses fundamentais da coletividade, nem de abalo negativo à sua moral, ensejando reparação.

Sobre dano moral coletivo, confira-se a jurisprudência abaixo, do e.

STJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

DO CONSUMIDOR. TELEFONIA. VENDA CASADA. SERVIÇO E APARELHO. OCORRÊNCIA. DANO MORAL COLETIVO. CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. Trata-se de ação civil pública apresentada ao fundamento de que a empresa de telefonia estaria efetuando venda casada, consistente em impor a aquisição de aparelho telefônico aos consumidores que demonstrassem interesse em adquirir o serviço de telefonia.

(...)

7. A possibilidade de indenização por dano moral está prevista no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, não havendo restrição da violação à esfera individual. A evolução da sociedade e da legislação têm levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial.

8. O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa.

9. Há vários julgados desta Corte Superior de Justiça no sentido do cabimento da condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública. Precedentes: EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1440847/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 15/10/2014, REsp 1269494/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013; REsp 1367923/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 06/09/2013; REsp 1197654/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 08/03/2012.

10. Esta Corte já se manifestou no sentido de que "não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso, que dê ensanchas à responsabilidade civil. Ou seja, nem todo ato ilícito se revela como afronta aos valores de uma comunidade. Nessa medida, é preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. (REsp 1.221.756/RJ, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe 10.02.2012).

(...)

(STJ, RESP – 1397870, Relator MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJE: 10/12/2014 – g.n.)



00052370520144036111



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

Portanto, não delineada a presença de ato grave o suficiente a causar intranquilidade social, o pedido de indenização por danos morais coletivos é de ser julgado improcedente.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, resolvendo o mérito nos termos do artigo 487, inciso I, do novo Código de Processo Civil, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido, para condenar as rés em obrigação de fazer, para que, sempre que pretenderem contratar com o Poder Público, objetivando o fornecimento de medicamentos, observem o PMVG, nas hipóteses em que prevista a aplicação do CAP, ou o Preço Fábrica (PF), quando não cabível a utilização do CAP. Ficam igualmente condenadas as rés no ressarcimento ao erário (Governo do Estado de São Paulo – Departamento Regional de Saúde de Marília) dos valores que receberam indevidamente pela não observância do PMVG, a serem apurados na fase de liquidação, atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora a partir de cada evento danoso (Súmula 54 do e. STJ). Os demais pedidos são improcedentes, conforme fundamentação.

Ante o ora decidido, **RATIFICO** a decisão que antecipou os efeitos da tutela, proferida às fls. **56/60**, em parte, nos termos do dispositivo desta sentença. Retifico, ainda, a forma de fixação da multa ali estabelecida, para que, diante da natureza da obrigação, incida por evento, em caso de descumprimento, mantido o valor de R\$ 1.000,00 por evento, sem prejuízo da multa em desfavor da corré ALB da Fonseca – ME, conforme fundamentação.

A atualização monetária e os juros aplicáveis aos valores a serem ressarcidos devem observar o que dispõe o Manual de Orientação de Procedimentos



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
11ª Subseção Judiciária de São Paulo
1ª Vara de Marília

para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução 267, de 10 de dezembro de 2013, do E. Conselho da Justiça Federal. Diante da iliquidez da sentença, os honorários devidos tanto pela União (eis que o Ministério Público Federal não detém personalidade jurídica própria), quanto pelas rés, serão fixados na fase de liquidação de sentença, em conformidade com o §4º, II, do artigo 85 do NCPD. Consigno que, com a devida vênia dos entendimentos em contrário, a previsão do artigo 18 da Lei n.º 7.347/85 apenas alcança as associações particulares, consoante seu próprio teor.

Sem custas, nos termos do artigo 4º, incisos I e III, da Lei n.º 9.289/96.

Sentença sujeita à remessa necessária, na forma do art. 496, I, do novo CPC.

Por fim, cumpre insistir no que já foi abordado na fundamentação, referente à necessária apuração, *em tese*, de responsabilidade quanto à aquisição de medicamentos no Departamento Regional de Saúde de Marília. Ao MPF para tanto, com fulcro no artigo 7º da Lei 7.347/85, concedendo-se vistas para o traslado ou indicação de peças necessárias a tal apuração, independentemente do trânsito em julgado.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Marília, 27 de julho de 2016.


ALEXANDRE SORMANI
Juiz Federal