AgRg na SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 1.200 - DF (2010/0032653-8)

AGRAVANTE	: ABRAFARMA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE REDES DE FARMÁCIAS E DROGARIAS
ADVOGADO	: VICENTE NOGUEIRA E OUTRO(S)
AGRAVANTE	: FEBRAFAR FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS REDES ASSOCIATIVISTAS DE FARMÁCIAS
ADVOGADO	: PAULA CRISTINA ACIRÓN LOUREIRO
AGRAVADO	: AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA
PROCURADORA	: INDIRA ERNESTO SILVA E OUTRO(S)
REQUERIDO	: DESEMBARGADOR FEDERAL RELATOR DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NR 200901000720650 DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO
REQUERIDO	: DESEMBARGADOR FEDERAL RELATOR DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NR 200903000450110 DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO

DECISÃO

A decisão de fl. 1.661/1.666 suspendeu os efeitos dos atos judiciais que subtraíram a exequibilidade das Instruções Normativas da Anvisa nºs 09/09 e 10/09, bem assim de parte da Resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa - RDC nº 44/09.

Seguiram-se agravos regimentais, interpostos respectivamente pela Febrafar - Federação Brasileira das Redes Associativistas de Farmácias (fl. 1.743/1.754) e pela Abrafarma Associação Brasileira de Redes de Farmácias e Drogarias (fl. 1.791/1.828).

Ambos atacam o juízo político adotado na aludida decisão, mas a impugnam também por vício de incompetência (*o agravo regimental interposto pela Abrafarma Associação Brasileira de Redes de Farmácias e Drogaria*s) e por motivação deficiente (*o agravo regimental interposto pela Febrafar - Federação Brasileira das Redes Associativistas de Farmácias*).

A competência

A competência do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, ou de quem o substituir, para decidir os pedidos de suspensão dos efeitos de medida liminar (= antecipação de tutela) ou de sentença está vinculada aos fundamentos adotados pelo ato judicial, nada importando as questões constitucionais eventualmente articuladas na petição inicial da ação.

Na espécie, as decisões que tiveram a execução suspensa foram tomadas com base em fundamentos infraconstitucionais; numa e noutra a referência às normas constitucionais teve um

propósito retórico ou didático.

Lê-se na decisão proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 5ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal:

"Pois bem, a restrição não pode prevalecer.

A uma, porque não amparada em lei, já que a Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos não traz nenhuma previsão nesse sentido, razão pela qual a ANVISA não pode estabelecer restrição, diante da norma do artigo 5º, II, da Constituição Federal ('ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei')" - fl. 61/62.

A Lei nº 5.991, de 1973 - e essa é a motivação da decisão - não autoriza os atos da ANVISA; o corolário daí extraído, de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", não constitui evidentemente o fundamento da decisão.

"A duas, porque a restrição mostra-se desprovida de razoabilidade

...

Art. 55 - É vedado utilizar qualquer dependência da farmácia ou da drogaria como consultório, ou outro fim diverso do licenciamento.

Parece-me que considerar vigente, em sua totalidade, o artigo 55 implicaria em tornar letra morta as alterações introduzidas na Lei nº 5.991/73 pela Lei nº 9.060/95 que, ao incluir, dentre outras, as drugstores no artigo 4º da Lei nº 5.991/73 permitiu que essas comercializassem medicamentos, com base no artigo 5º (sujeitas às restrições decorrentes do artigo 6º, ou seja, sujeitas a, também, preencherem os requisitos para serem farmácias ou drogarias).

Ora, considerando que a lei nova revoga a anterior no que com ela for incompatível, a conclusão é a de que o artigo 55 teve a sua previsão parcialmente revogada, de forma que a restrição que ele estabelece é para qualquer dependência da farmácia ou da drogaria como consultório ou outro fim diverso do licenciamento, que não o funcionamento simultâneo da farmácia ou drogaria como drugstore.

E a interpretação que venho de expor compatibiliza a Lei nº 5.991/73 com a Constituição que, em virtude do princípio da proporcionalidade, cuja existência é pacificamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, não admite a existência de leis

que não tenham um fundamento razoável" (fl. 62/66).

A lei, qualquer que seja, só pode ser aplicada se estiver conforme com a Constituição; a declaração feita pelo juiz, de que está interpretando a lei de acordo com a Constituição, não dá à sua motivação caráter constitucional.

Já a decisão da eminente Juíza do Tribunal Regional Federal da 3ª Região menciona uma só norma constitucional, *in verbis*:

"A Lei nº 5.991/73, ao disciplinar sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, não contempla nenhuma proibição como as estabelecidas nos atos administrativos questionados nos autos, de modo que não pode a ANVISA impor tais restrições, sob pena de ofensa à norma inserta no art. 5º, II, da Carta Constitucional, o qual dispõe que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'" (fl. 1.654).

Se a lei não proíbe, está permitido - este o fundamento da decisão. Nesse contexto, a citação do art. 5º, II, da Constituição Federal não constitui motivação autônoma.

A motivação

"No recurso de agravo ... há o efeito regressivo. O juiz, antes de remeter o recurso para a superior instância, poderá rever e reformar sua decisão" (Bruno de Mendonça Lima, citado por Alcides de Mendonça Lima, *in* Introdução aos Recursos Cíveis, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976, p. 288).

O agravo regimental interposto pela Febrafar - Federação Brasileira das Redes Associativistas de Farmácias flagrou, com acerto, o fato de que a parte dispositiva da decisão foi além de sua motivação, assim redigidas:

"A Instrução Normativa nº 09, que relaciona os produtos que podem ser comercializados em farmácias e drogarias, atende os propósitos do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária.

A RDC nº 44/09 e a Instrução nº 10 visam combater a automedicação. Que não há remédio sem efeitos colaterais, alguns graves, é sabido de todos. A automedicação, por isso, é perigosa, sendo condenada pelos organismos internacionais de saúde. Não há controvérsia a esse respeito. O medicamento é o remédio mais o uso adequado. O remédio certo na dose errada pode ser um veneno. Igualmente se um remédio for usado cumulativamente com outro incompatível. O que pode ser, e está sendo discutido nas ações ordinárias, é a legalidade das

restrições impostas pelo aludidos atos normativos. Aqui, no entanto, forma-se um juízo político acerca dos danos que as decisões que anteciparam a tutela podem trazer aos interesses protegidos pelo art. 4º, da Lei nº 8.437, de 1992, mais especificamente àqueles indicados na petição inicial, a saber, ordem administrativa e saúde pública. Salvo melhor juízo, a saúde pública estará comprometida se o consumidor for estimulado, mediante a exposição de remédios, à automedicação. Se a medida adotada será eficaz, ou não, só o tempo poderá dizer. O que hoje pode-se afirmar é que não arrepia o bom senso.

Defiro, por isso, o pedido para suspender os efeitos das decisões proferidas pelo MM. Juiz Federal Substituto da 5ª Vara do Distrito Federal Paulo Ricardo de Souza Cruz e pela Juíza do Tribunal Regional Federal da 3ª Região Alda Basto" (fl. 1.665/1.666).

Percebe-se aí que a motivação da decisão, a saber, o desestímulo à automedicação, diz respeito a Instrução Normativa nº 10/09 e, na parte que lhe corresponde, à RDC nº 44/09; não tem a ver com a Instrução Normativa nº 09/09, cujo propósito é o de restringir o comércio, em farmácias e drogarias, de *"produtos que não possuem qualquer relação com a saúde e que não se enquadrem no conceito de produtos correlatos"* (fl. 09).

Sabido que legislações estaduais permitem o comércio de *"artigos de conveniência"* em farmácias, listando como tais produtos que não prejudicam a saúde (*v.g.*, filmes fotográficos, isqueiros, água mineral, etc.), tudo recomenda que a execução da política pública de reconhecer as farmácias e drogarias como *"unidades de saúde"*, exclusivamente, aguarde o desfecho dos recursos judiciais já interpostos.

Por isso, revogo, em parte, a decisão de fl. 1.661/1.666, mantendo-a apenas para dar eficácia à Instrução Normativa nº 10/09 e, na parte que lhe corresponde, à RDC nº 44/09.

Comunique-se, com urgência. Intimem-se.

Brasília, 03 de maio de 2010.

MINISTRO ARI PARGENDLER
Vice-Presidente