



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2001.71.00.006159-9/RS
RELATORA : DES. FEDERAL MARGA INGE BARTH TESSLER
APELANTE : CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - CRF/RS
ADVOGADO : Bayard Pelegrini de Azevedo
APELADO : CEMED CENTRAL DE MEDICAMENTOS LTDA/ e outros
ADVOGADO : Marcelo Machado Bertoluci e outros
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 7ª VARA FEDERAL DE PORTO ALEGRE/RS

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra o Conselho Regional de Farmácia do Estado do Rio Grande do Sul, objetivando o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 11 da Medida Provisória nº 2.039, de 23.11.2000, abstendo-se a autoridade de lhes exigir a contratação de profissional farmacêutico para atuar durante todo o período de funcionamento do estabelecimento. Sustentam que são distribuidoras de medicamentos de pequeno porte e realizam a tarefa de intermediação entre os Laboratórios, Farmácias e Drogarias a fim de que estas efetuem o fornecimento dos medicamentos aos consumidores. Portanto, ao realizarem a tarefa de intermediação não produzem medicamentos, tampouco comercializam diretamente aos consumidores, donde inferem a desnecessidade da presença do profissional por tempo integral.

A liminar foi deferida (fls. 163/166).

Foi interposto recurso de agravo de instrumento contra a decisão concessória de liminar, ao qual foi indeferido o efeito suspensivo (fls. 187/188) e, por fim, negado provimento ao recurso (fls. 223/227).

A sentença julgou procedente a ação, concedendo a segurança, para reconhecer a inconstitucionalidade da exigência da presença de profissional farmacêutico durante todo o horário de funcionamento do estabelecimento, relativamente às impetrantes que se dedicam, em caráter exclusivo, à distribuição de medicamentos, prevista no art. 11 da Medida Provisória nº 2.190-33, de 26 de julho de 2001.

O Conselho apela alegando que a decisão contrariou a Medida Provisória 2.134-28 em seu art. 11 e a Constituição Federal em seu art. 5º, II. Afirma que os responsáveis técnicos pelas distribuidoras de medicamentos devem estar presentes durante todo o período de funcionamento desses estabelecimentos, prestando assistência farmacêutica na forma da Medida Provisória nº 2.134-28. Alega, ainda, que a finalidade da referida Medida Provisória é o interesse público.

Com contra-razões.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

O MPF opinou pelo provimento do apelo.
É o relatório.
Dispensada a revisão, peço dia.

Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
Relatora





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2001.71.00.006159-9/RS
RELATORA : DES. FEDERAL MARGA INGE BARTH TESSLER
APELANTE : CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - CRF/RS
ADVOGADO : Bayard Pelegrini de Azevedo
APELADO : CEMED CENTRAL DE MEDICAMENTOS LTDA/ e outros
ADVOGADO : Marcelo Machado Bertoluci e outros
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 7ª VARA FEDERAL DE PORTO ALEGRE/RS

VOTO

O CEMED – Central de Medicamentos Ltda. e outros impetraram mandado de segurança preventivo contra ato do Presidente do Conselho Regional de Farmácia do Estado do Rio Grande do Sul, o qual condicionou a emissão do Certificado de Regularidade 2001 à comprovação de contratação de responsável farmacêutico para atuar durante todo o período de funcionamento das respectivas empresas.

As impetrantes são empresas que atuam no setor de representação e distribuição de medicamentos. Assim sendo, mantém um técnico farmacêutico responsável, contratado para tratar da aferição dos denominados “medicamentos controlados” e das relações da distribuidora de medicamentos com o CRF, de quem obtêm o Certificado de Regularidade, bem como das relações com a Vigilância Sanitária, de quem obtêm a Licença para funcionamento.

O Supremo Tribunal Federal, no RE nº 87.200-SP, julgado em 12.12.1978, recurso que não foi conhecido, fixou que, registrado no voto do Ministro Leitão de Abreu, oportunidade na qual examinava o Decreto nº 74.170, de 10.06.74, artigo 30, face ao disposto no artigo 15 da Lei nº 5.991/73, que a *ratio* da exigência, presença durante todo o horário de farmacêutico, não se aplicava às distribuidoras de medicamentos, pois não manipulam e não vendem medicamentos diretamente ao público. O saudoso TFR tinha, a propósito da questão, a Súmula 172, que dispensava completamente a presença ou contratação de farmacêutico.

A questão retorna agora, em nova tentativa. A obrigatoriedade da assistência de farmacêutico inscrito no Conselho Regional de Farmácia ao estabelecimento, durante todo o período de funcionamento deste, é decorrência do art. 11, da Medida Provisória 2.039-23/2000, hoje vigente sob nº 2.134, de 23 de fevereiro de 2001.

“Art. 11. Às distribuidoras de medicamentos aplica-se o disposto no art. 15 da Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973.”





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Por sua vez, o artigo 15 da Lei nº 5.991/73 estabelece o seguinte:

“As Farmácias e Drogarias terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei.

§ 1º. A presença do técnico responsável será obrigatória durante todo o horário de funcionamento do estabelecimento.”

As impetrantes, face aos termos das disposições legais acima transcritas, necessitam contratar profissionais farmacêuticos e mantê-los em atividade durante todo o período de funcionamento da empresa. Sem a contratação destes responsáveis técnicos, não poderão obter o Certificado de Regularidade 2001, comprometendo, assim, a viabilidade do prosseguimento de suas atividades.

Apesar do princípio da livre iniciativa (art. 170) ser um dos princípios basilares da Constituição Federal brasileira é certo – não existe dúvida a respeito na jurisprudência dos nossos Tribunais e na nossa doutrina – que é perfeitamente viável impor-se limites e condições para o exercício de qualquer atividade profissional. De outra banda, outros princípios e valores também devem ser sopesados e observados pelo legislador na sua atividade legiferante; não há liberdade para a imposição de toda e qualquer restrição.

No caso concreto em análise questiona-se, justamente, se a exigência imposta às distribuidoras de manter um profissional farmacêutico durante todo o período de atividade da empresa não teria extrapolado o princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade) inserto na nossa Carta Constitucional.

Na linha de entendimento da melhor doutrina não basta a expedição de um ato legislativo formalmente perfeito para preencher o requisito do *due process of law*, necessariamente haverá de preencher concomitantemente o requisito da legalidade material, sob pena de ser editada norma inconstitucional.

A respeito da importância do princípio a razoabilidade como limitador ao exercício legislativo muito bem dissertou Carlos Roberto de Siqueira Castro ao afirmar que “A moderna teoria constitucional tende a exigir que as diferenciações normativas sejam *razoáveis e racionais*. Isto quer dizer que a norma classificatória não deve ser arbitrária, implausível ou caprichosa, devendo, ao revés, operar como meio idôneo, hábil e necessário ao atingimento de finalidades constitucionalmente válidas. Para tanto, há de existir uma indispensável relação de congruência entre a classificação em si e o fim a que ela se destina. Se tal relação de identidade entre meio e fim – ‘means-end relationship’, segundo a nomenclatura norte-americana – da norma classificatória não se fizer presente, de modo que a distinção jurídica resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, consistente na falta de ‘razoabilidade’ e de ‘racionalidade’, vez que nem mesmo ao legislador legítimo, como mandatário da soberania popular, é dado discriminar injustificadamente entre pessoas, bens e interesses na sociedade política”. (O Devido Processo Legal





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil, Ed. Forense, p. 157).

As normas, assim, ao serem editadas devem, necessariamente, respeitar as finalidades que presidiram a outorga da competência exercida, observando os vetores informativos de um determinado sistema jurídico que, se não forem considerados, implicará na ilegalidade da referida norma.

Sobre a matéria transcrevo dois julgados do Egrégio Supremo Tribunal Federal que sustentam, e muito bem elucidam, as teses defendidas pelos autores anteriormente citados:

*“Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição a vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e PARS., 25, PAR. 2., 238, além de violação **ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade** das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da argüição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida.” (ADIMC-855/PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 01.10.1993)*

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI N.º 8.713/93 (ART. 8º, § 1º E ART. 9º) – PROCESSO ELEITORAL DE 1994 – SUSPENSÃO SELETIVA DE EXPRESSÕES CONSTANTES DA NORMA LEGAL – CONSEQÜENTE ALTERAÇÃO DO SENTIDO DA LEI – IMPOSSIBILIDADE DO STF AGIR COMO LEGISLADOR POSITIVO – DEFINIÇÃO LEGAL DO ÓRGÃO PARTIDÁRIO COMPETENTE PARA EFEITO DE RECUSA DA CANDIDATURA NATA (ART. 8º, § 1º) – INGERÊNCIA INDEVIDA NA ESFERA DE AUTONOMIA PARTIDÁRIA – A DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS – SIGNIFICADO – FILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DOMICÍLIO ELEITORAL (ART. 9º) – PRESSUPOSTOS DE ELEGIBILIDADE – MATÉRIA A SER VEICULADA MEDIANTE LEI ORDINÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE PRESSUPOSTO DE ELEGIBILIDADE E HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE – ATIVIDADE LEGISLATIVA E OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW – CONHECIMENTO PARCIAL DA AÇÃO – MEDIDA LIMINAR DEFERIDA EM PARTE. AUTONOMIA PARTIDÁRIA: ...

*...
SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW E FUNÇÃO LEGISLATIVA: a cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, **não só sob o aspecto meramente formal**, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, **mas, sobretudo, em sua dimensão material**, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do substantive due process of law **reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade**. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do **Estado**, que este **não dispõe da competência para legislar ilimitadamente**,*





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. O magistério doutrinário de CAIO TÁCITO. Observância, pelas normas legais impugnadas, da cláusula constitucional do substantive due process of law.” (ADIMCQ-1063/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 18.05.1994) (grifos intencionais nas duas ementas)

J.J. Gomes Canotilho (Direito Constitucional, Almedina, Lisboa, págs.383/384) ao se debruçar sobre os princípios do Estado de Direito, anota que o princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso como um ‘superconceito’ que se desdobra em vários subprincípios, quais sejam: a) princípio de conformidade ou adequação dos meios; b) princípio da exigibilidade ou da necessidade, que tem como base a ‘idéia de que o cidadão tem *direito à menor desvantagem possível*’. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão; c) o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, segundo o qual o meio utilizado deve ser proporcional ao fim perseguido; trata-se de sopesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

Retornando ao caso concreto destes autos, não se duvida que é salutar a adoção pelo poder público de medidas que garantam a segurança na comercialização de medicamentos. Nem poderia ser diferente. Todavia, a medida prevista na norma já mencionada, em relação às distribuidoras de medicamentos, contraria o princípio da razoabilidade, norteador de nossa Constituição.

As distribuidoras de medicamentos não manipulam, fracionam ou formulam diretamente os medicamentos. Realizam trabalho intermediário, abastecendo farmácias e drogarias para que estas forneçam os medicamentos aos consumidores. A necessidade de orientação de profissional habilitado se justifica, ao meu sentir, somente na supervisão dos procedimentos a serem efetuados pelas distribuidoras. A orientação, no entanto, não precisa, pela natureza da atividade,¹ consumir-se durante todo o período de funcionamento do estabelecimento. O responsável técnico não é fiscal, mas sim profissional contratado para o mister de conferir segurança aos procedimentos fins da empresa. Sua atuação, vista de modo simplificado, limita-se à orientação a respeito do transporte e armazenagem dos medicamentos. Ora, os impetrantes afirmam contar com serviços de farmacêuticos que realizam tais atividades em poucas horas durante o mês. Não se pode forçar tratamento igualitário a estabelecimentos com funções distintas. A constitucionalidade da norma se sustenta (art. 15 da Lei 5.991/73) em relação as farmácias e isto é da fácil compreensão pois são elas que podem, com o conhecimento técnico do

¹ Para manter a coerência com os propósitos declarados – evitar fraudes – a presença do farmacêutico seria necessária no despacho aduaneiro, nas importações em geral e no comércio informação (*Reportagem Pirataria de Medicamentos, Zero Hora, 21 maio 2001*).





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

profissional de farmácia, no trato diário com o cliente final, atuar positivamente, evitando problemas relacionados à automedicação da população e à atribuição de maior eficácia às terapias medicamentosas, porquanto é nos balcões destes estabelecimentos, como muito bem afirmado pelo prolator da sentença monocrática, que se interpretam receitas médicas, presta-se informações sobre os produtos expostos a venda, e seus efeitos, e também indica-se a terapia mais adequada para combater a moléstia (muitos dos medicamentos são vendidos sem prescrição médicas).

Não se sustenta, data vênia, a exigência em relação às distribuidoras de medicamentos. Em relação a estas é suficiente a presença do responsável técnico esporadicamente para orientar sobre qual seria a melhor forma de desempenhar as referidas atividades, se o estabelecimento está armazenando os medicamentos segundo as melhores técnicas e se as normas de segurança e de higiene são as adequadas para o transporte dos medicamentos. Para essas atividades não há necessidade da presença constante do profissional. Convenhamos, não é razoável se exigir formação em nível de graduação superior para simples atividades de conferência de embalagens e prazos de validade de produtos, que são as atividades diárias nas distribuidoras. Note-se que nas informações (fl. 170) o Conselho Regional de Farmácia do Rio Grande do Sul não foi capaz de sustentar ou ao menos declinar as razões de fato que levaram a inclusão das empresas meramente distribuidoras nas mesmas exigências feitas às farmácias e drogarias. Em razões orais, da tribuna, perante a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a ilustre e esforçada advogada do CRF/RS sustentou com arrimo em razões de segurança dos medicamentos, e no direito à saúde do artigo 196, especialmente artigo 200, incisos I e II, da Constituição Federal de 1988, com a seguinte redação:

“Art. 200 - Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador”.

Pois bem, não se discute os ditames da Lei nº 9.782/99 que define o Sistema de Vigilância Sanitária e criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Por outro lado, são lamentáveis os casos de falsificação de medicamentos que teriam sido tornados públicos pela Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI dos Medicamentos. Em razão dos muitos ilícitos então teria ocorrido a alteração legislativa ora controvertida. Reconhecidos os bons propósitos, revela-se além de inconstitucional, inócua e equivocada. A ação fiscalizatória sobre a qualidade dos medicamentos há de se fazer e é relevante que se faça, mas nos termos do artigo 200, I e II, e Lei nº 9.782/99. É





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

competência da União a ser desempenhada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVS, inclusive autorizada a arrecadar a taxa de fiscalização de vigilância sanitária. Equivocado, então, pretender-se argumentar com o direito à saúde e a obrigação de vigilância, pois esta será exercida na forma da lei e pelos órgãos competentes, e não por um farmacêutico, assalariado pelas empresas distribuidoras e trabalhando durante todo o período de funcionamento da empresa. Inapropriada, pois, a invocação do direito à saúde, da segurança dos fármacos e da saúde pública. Permanece, pois, a liberdade consagrada no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, sob o prisma da liberdade da atividade econômica, – parágrafo único, artigo 170 e artigo 5º, XIII, da Constituição Federal de 1988 – como direito de defesa contra exigências não-razoáveis do Estado, como **“triunfos políticos em manos de los individuos”**.² Teria a nossa Carta Política estabelecido regras prévias sobre a interpretação dos direitos fundamentais ou seriam as teorias sobre interpretação de direitos fundamentais livremente elegíveis pelo intérprete? Para solução do presente caso, não é necessária a resposta à primeira indagação. Basta considerar que das cinco teorias sobre interpretação de direitos fundamentais, como relacionadas por Ernst-Wolfgang Böckenförde em “Escritos sobre Direitos Fundamentais”, com utilização de quatro delas, há manifesta preponderância do princípio da liberdade (são elas Teoria Liberal, Teoria Institucional, Teoria Axiológica, Teoria Democrática) por apenas uma (Teoria do Estado Social), há a vinculação social do indivíduo ao fim social e mesmo que a nossa Constituição Federal de 1988 houvesse privilegiado ou se vinculado expressamente a esta teoria, para a interpretação do artigo 170, mesmo assim, vendo a liberdade individual sempre em sua dimensão social, a liberdade individual não pode ser condicionada de forma não-razoável inutilmente em relação às finalidades invocadas.

Detectada a afronta do § 1º do art. 15 da Lei 5.991/73 ao princípio constitucional da razoabilidade (ou proporcionalidade) – no que diz respeito às distribuidoras –, nos cabe indagar, se é caso de suscitar o incidente de inconstitucionalidade parcial com redução de texto ou se na hipótese analisada deve se dar mera interpretação conforme à Constituição, sem a redução do texto.

Há precedente do Plenário deste Tribunal pelo qual assentou-se que *no controle difuso o órgão especial só declara inconstitucionalidade com redução de texto*. Transcrevo, por oportuno, ementa da Arguição de Inconstitucionalidade no Agravo de Instrumento – 40664, incidente suscitado no processo n.º 1999.04.01.009782-6, de relatoria da Desembargadora Federal Tânia Terezinha Cardoso Escobar:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 98, § 7º, DA LEI Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.528/97. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA ISONOMIA. CONFIGURAÇÃO, EM CERTOS

² DWORKIN, Ronald. *Los Derechos em Serio*. Ariel Derecho, 1997.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

CASOS, DE ADJUDICAÇÃO POR PREÇO VIL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO. ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

(...)

4. (...). Contudo, o Plenário deste Tribunal tem inúmeros precedentes no sentido de que não se deve declarar a inconstitucionalidade da lei quando ela puder ser considerada constitucional em determinados casos concretos e inconstitucional em outros. Como já asseverou o ilustrado Juiz Amir Sarti (ED na AMS nº 97.04.33734-5/SC), “o art. 97 da CF só incide quando se tratar de declarar (rectius, decretar), a inconstitucionalidade total ou parcial da lei ou ato normativo com redução de texto, não, porém, quando – como na espécie – o caso é de mera interpretação conforme à Constituição, ou seja, pronúncia de inconstitucionalidade sem redução de texto”.

5. Em que pese, no caso, o afastamento da norma pela configuração do preço vil não se tratar de mera interpretação conforme à Constituição (Verfassungskonforme Auslegung), porquanto o seu afastamento contraria o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, o fato é que no controle difuso o órgão especial só declara inconstitucionalidade com redução de texto (STF, RE nº 184.093-5/SP).

(...)

(TRF 4º Região, Plenário, DJU 26/04/2000, p. 05)

A orientação, todavia, salvo melhor juízo, não se aplica à presente hipótese. O caso transcrito, bem como o precedente do Supremo Tribunal Federal citado, referem-se à situações em que a norma poderia ser considerada constitucional em determinadas situações. Utilizou-se, assim, a interpretação conforme à Constituição para afastar-se o sentido que ofende a Carta Política. No caso ora submetido a esta Corte Especial, não existe a possibilidade da manutenção do dispositivo que se pretende ver declarado inconstitucional a tutelar qualquer situação. Como anteriormente demonstrado, *o disposto no 11 da MP 2.134-23/2001 jamais poderia ser aplicado às distribuidoras de medicamentos na forma estabelecida pelo artigo 15 da Lei nº 5.991/73.*

Pretende-se, sim, a declaração de nulidade da norma sem redução de texto. A situação, contudo, não é a mesma dos precedentes citados. No RE nº 184.093-5/S a norma sob exame possibilitava interpretação conforme à Constituição, como depreende-se na passagem do voto do Ministro Moreira Alves a seguir transcrita:

“(...) Note-se que no controle difuso interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o artigo 97 da Constituição, e isso porque, nesse sistema de controle, ao contrário do que ocorre no controle concentrado, não é utilizável a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, por se lhe dar uma interpretação conforme à Constituição, o que implica dizer que inconstitucional é a interpretação da norma de modo que a coloque em choque com a Carta





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Magna, e não a inconstitucionalidade dela mesma que admite interpretação que a compatibiliza com esta”

Percebe-se claramente a distinção entre o caso ora tratado e o precedente do Supremo. No precedente, a norma admite interpretação conforme à Constituição, razão pela qual basta excluir-se as possíveis interpretações incompatíveis com o texto constitucional para confirmar-se sua plena validade, sem a necessidade do voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou respectivo órgão especial declarar a inconstitucionalidade. Na hipótese posta nos presente autos, não existe interpretação compatível com a Constituição que salve de nulidade a aplicação do § 1º do artigo 15 da Lei nº 5.991/73 estabelecida pelo artigo 11 da MP 2.134-23/2001, em relação às distribuidoras de medicamentos.

O Supremo Tribunal Federal apreciou questão semelhante à ora apresentada ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (liminar) nº 491. Permito-me transcrever passagem do voto do Ministro Moreira Alves para bem evidenciar a similitude entre os dois incidentes:

“Mais complexa é a questão concernente ao parágrafo único do artigo 86 da Constituição do Estado do Amazonas.

Esse dispositivo manda aplicar aos membros do Ministério Público, no que couber, ‘os princípios estabelecidos no artigo 64, I, II e IV a XIII, desta Constituição’. Como um dos incisos a que se refere, implicitamente, esse parágrafo único é o V do artigo 64 da mesma Constituição (‘os vencimentos dos magistrados serão fixados de uma para outra das categorias da carreira, não podendo, a título nenhum, exceder os dos Ministros do Supremo Tribunal Federal’), é, sem dúvida, relevante a argüição de inconstitucionalidade dessa extensão ao Ministério Público, para o qual a Constituição Federal não previu o escalonamento de vencimentos estabelecido para a magistratura, nem como teto de vencimentos o dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, teto esse, aliás, que, no caso, como se vê das declarações do Secretário de Estado da Fazenda e do Procurador-Geral da Justiça local, constantes dos autos, vem servindo de base para a interpretação, dada pelo Ministério Público Estadual, de estender aos seus membros, automaticamente, os reajustamentos concedidos aos membros desta Corte.

Sucedo, porém, que a inconstitucionalidade argüida quanto ao parágrafo único do artigo 86 da Constituição do Estado do Amazonas visa apenas à extensão, que ele determina, implicitamente, que se faça ao Ministério Público, do inciso V do artigo 64 da mesma Carta Magna. Implicitamente, porque essa extensão decorre dos termos ‘IV a XIII’ que integram a remissão feita pelo primeiro desses dispositivos.

No caso, portanto, como não se pode suspender a eficácia de qualquer expressão do dispositivo impugnado, pois este não alude ao inciso V do artigo 64 senão implicitamente por meio da expressão abrangente (‘IV a XIII’), impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar ‘para a suspensão da





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal', que, se feita, abarcaria normas autônomas, e, portanto, cindíveis, que não são atacadas como inconstitucionais.

O julgado do Supremo acima transcrito contém a mesma técnica de decisão que se deve dar à questão ora submetida a esta Corte Especial. Não é possível no caso a declaração de inconstitucionalidade com redução do texto em razão de a norma atacada como inconstitucional fazer remissão a normas, utilizando-me da inigualável linguagem do Ministro Moreira Alves, autônomas e, portanto, cindíveis. Apenas por não ter, o artigo 11 da medida provisória citada, ressalvado da remissão o parágrafo § 1º do artigo 15 da Lei nº 5.991/73, é que é de ser considerado nulo sem que lhe seja reduzido o texto.

Analisando a decisão na ADIn 491 em sua obra *Jurisdição Constitucional*, ed. Saraiva, 3ª edição, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes procurou demonstrar a evolução na orientação de nossa Corte Constitucional:

“A decisão proferida na ADIn 491 parece indicar que o Supremo Tribunal Federal está disposto a afastar-se da orientação anterior, que equiparava a interpretação conforme à Constituição à declaração de nulidade parcial sem redução de texto, passando a deixar explícito, no caso de declaração de nulidade sem redução de texto, que determinadas hipóteses de aplicação, constantes de programa normativo da lei, são inconstitucionais e, por isso, nulas”.

Tudo está a demonstrar que os precedentes desta Corte no sentido de não admitir a aplicação do artigo 97 da Constituição aos casos de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto não se aplicam à espécie. A Turma ou Seção não tem competência para afastar a aplicação da norma, eis que a remissão feita pela medida provisória ao parágrafo primeiro da lei jamais poderá ser interpretada como constitucional. A norma deverá ser declarada inconstitucional e, portanto, nula. Apenas a Corte Especial deste Tribunal está legitimada para tanto. A impossibilidade da redução de texto deve-se unicamente ao fato de a remissão dirigir-se a normas autônomas e, portanto, cindíveis.

Pelas razões expostas é que a matéria em pauta deve ser submetida à Corte Especial, em observância ao artigo 97 da Constituição Federal e 150 do Regimento Interno na hipótese.

Isto Posto, **suscito o incidente de inconstitucionalidade** do artigo 11 da Medida Provisória 2.134/2001, no que concerne à remissão, em relação às distribuidoras, ao § 1º do artigo 15 da Lei nº 5.991/73, suspendendo o julgamento do presente feito.

É o voto.

Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
Relatora





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2001.71.00.006159-9/RS
RELATORA : DES. FEDERAL MARGA INGE BARTH TESSLER
APELANTE : CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - CRF/RS
ADVOGADO : Bayard Pelegrini de Azevedo
APELADO : CEMED CENTRAL DE MEDICAMENTOS LTDA/ e outros
ADVOGADO : Marcelo Machado Bertoluci e outros
REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA FEDERAL DE PORTO ALEGRE/RS

EMENTA

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE (OU PROPORCIONALIDADE) ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 11 DA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 2.134/2001. § 1º DO ART. 15 DA LEI 5.991/1973. DISTRIBUIDORAS DE MEDICAMENTOS. NATUREZA DO SERVIÇO PRESTADO. PRESENÇA DE FARMACÊUTICO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LEGALIDADE FORMAL E MATERIAL.

1. Apesar do princípio da livre iniciativa (art. 170) ser um dos princípios basilares da Constituição Federal brasileira é certo – não existe dúvida a respeito na jurisprudência dos nossos Tribunais e na nossa doutrina – que é perfeitamente viável impor-se limites e condições para o exercício de qualquer atividade profissional. De outra banda, outros princípios e valores também devem ser sopesados e observados pelo legislador na sua atividade legiferante; não há liberdade para a imposição de toda e qualquer restrição.

2. No caso concreto em análise questiona-se, justamente, se a exigência imposta às distribuidoras de manter um profissional farmacêutico durante todo o período de atividade da empresa não teria extrapolado o princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade) inserto na nossa Carta Constitucional, pois não basta a expedição de um ato legislativo formalmente perfeito para preencher o requisito do *due process of law*, necessariamente haverá de preencher concomitantemente o requisito da legalidade material, sob pena de ser editada norma inconstitucional.

3. Analisando a questão sob esse prisma, não se sustenta, pois a exigência em relação às distribuidoras de medicamentos. Não é razoável se exigir formação em nível de graduação superior para simples atividades de conferência de embalagens e prazos de validade de produtos, que são as atividades diárias nas distribuidoras. As distribuidoras de medicamentos não lidam diretamente com a matéria-prima dos medicamentos, realizando trabalho intermediário, abastecendo drogarias. A presença de profissional farmacêutico nestes estabelecimentos, pela natureza do serviço que presta, não necessita abranger todo o período de funcionamento.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

4. A ação fiscalizatória sobre a qualidade dos medicamentos há de se fazer e é relevante que se faça, mas nos termos do art. 200, incisos I e II, da Constituição Federal de 1988 e Lei nº 9.782/1999. É competência da União a ser desempenhada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVS e não por farmacêutico, assalariado pelas distribuidoras e trabalhando durante todo o período de funcionamento da empresa.

5. A constitucionalidade da norma se sustenta (§ 1º do art. 15 da Lei 5.991/73) tão somente em relação as farmácias e isto é da fácil compreensão pois são elas que podem, com o conhecimento técnico do profissional de farmácia, no trato diário com o cliente final, atuar positivamente, evitando problemas relacionados à automedicação da população e à atribuição de maior eficácia às terapias medicamentosas, porquanto é nos balcões destes estabelecimentos que se interpretam receitas médicas, prestam-se informações sobre os produtos expostos a venda, e seus efeitos, e também indica-se a terapia mais adequada para combater moléstias.

6. Suscitado o incidente de inconstitucionalidade do artigo 11 da Medida Provisória 2.134/2001, no que concerne à remissão, em relação às distribuidoras, ao § 1º do artigo 15 da Lei nº 5.991/1973, suspendendo-se o julgamento do presente feito.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos entre as partes acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, vencido o Des. Carlos Eduardo Thompson Flores, suscitar incidente de inconstitucionalidade, suspendendo o julgamento do feito, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 09 de abril de 2002.

Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
Relatora

