



Poder Judiciário  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

**ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AMS Nº 2001.71.00.006159-9/RS**

**RELATORA** : DES. FEDERAL MARGA INGE BARTH TESSLER  
**APELANTE** : CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - CRF/RS  
**ADVOGADO** : Elisabete Teresinha Smaniotto  
**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

**VOTO - FUNDAMENTAÇÃO ADICIONAL**

Refletindo sobre a questão e realizando novos estudos após a sessão do dia 28.08.2003, em que o voto das fls. 289-293 foi discutido, em especial, pelo Desembargador Fábio Rosa, passo a acrescentar fundamentação adicional, como segue:

Referi (fl. 09 do voto) que se detecta afronta ao princípio constitucional da razoabilidade (ou proporcionalidade) pelo § 1º do artigo 15 da Lei nº 5.991/1973, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 23.08.2001 e pela Medida Provisória nº 2.134-31, de 21 de junho de 2001, no que diz respeito às meras distribuidoras de medicamentos como a impetrante. Segue na fundamentação os precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal que não costumam fazer distinção entre proporcionalidade e razoabilidade,<sup>1</sup> elencando-os entre os princípios. Eloqüente como exemplo é a ADIMC nº 855/PR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, na questão envolvendo a pesagem de botijões de gás a vista do consumidor. Na mesma direção, mas com alguma variante, seguem aqueles precedentes que referem a razoabilidade ao *due process of law*, como na ADIMC nº 1063/DF, Relator Ministro Celso de Mello. Verificam-se, assim, duas linhas paralelas de argumentação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme anota Cássio Cavalli.<sup>2</sup> No caso ora em julgamento, pretensão de obrigar as distribuidoras de medicamentos à presença contínua de um farmacêutico, é de grande utilidade a lição de Humberto Ávila<sup>3</sup>

<sup>1</sup> ADIn nº 2.290-3/MS, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 23.02.2000.

ADIn nº 1.558-8/AM, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 26.05.1995.

ADC nº 9-6 – examinou MP nº 2.152-2, racionamento de energia.

Embargos de Declaração no AI nº 265.064-7, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 23.08.2002.

ADIn nº 1.558-8/AM, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 26.05.1995.

ADIn nº 1.063-8/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 27.04.2001.

ADIn nº 1.753-2/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12.06.1998.

<sup>2</sup> CAVALLI, Cássio. **A Compreensão jurídica do dever da razoabilidade**. Trabalho de mestrado, PUCRS, inédito.

<sup>3</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios** - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 79 e segs.





**Poder Judiciário**  
**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO**

quando o doutrinador, após repassar a doutrina de Alexy e Dworkin, diz que **“só elipticamente é que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade”**. Nesse passo, o autor citado por primeiro, analisa a fundamentação da ADI nº 855-2 para fazer ver que não foi a proporcionalidade que foi violada, mas o princípio da livre iniciativa. Os denominados princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são na verdade postulados normativos e se situam em nível diverso das normas e defini-los como princípios contribuiu para confundir mais do que esclarecer. Os postulados não impõem, como os princípios, a promoção de um fim, mas estruturam a aplicação do dever de promover um fim, rigorosamente, então, não poderíamos, como acabamos de fazer, confundir princípios com postulados.

O postulado normativo da razoabilidade que utilizamos para aplicar os princípios no caso em tela, pode funcionar estruturando-se como equidade, exigindo-se relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto. A razoabilidade também é empregada como diretriz que exige a vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual fazem referência, demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir e por fim, utilizada ainda como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.

Por último, convém dizer que a doutrina, ao contrário dos precedentes jurisprudenciais, distingue a razoabilidade da proporcionalidade. Ela, a proporcionalidade, aplica-se apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos distinguíveis, um meio e um fim, de tal modo que se possa proceder ao exame de três questões, a saber: o da adequação, isto é, o meio promove o fim? O da necessidade, isto é, dentre os meios possíveis e adequados, não há outro menos restritivo dos direitos afetados? E o da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?

Assim, e resumindo a propósito de concluir, impõem-se dizer que no caso concreto, a presença permanente do farmacêutico no caso das meras distribuidoras de medicamentos, na medida em que não fracionam medicamentos, não manipulam medicamentos, não aviam receitas, não atendem diretamente ao consumidor, constitui-se em evidente demasia. O dever de razoabilidade impõe a observância da situação individual na determinação das conseqüências normativas. No caso concreto, o postulado da razoabilidade, atua como regulador do princípio da livre iniciativa e da isonomia.

Acresço, assim, ao voto já proferido, as razões acima expostas.

É o voto.

**Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER**





**Poder Judiciário**  
**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO**

**ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AMS Nº 2001.71.00.006159-9/RS**

**RELATORA** : **DES. FEDERAL MARGA INGE BARTH TESSLER**  
**REL. ACÓRDÃO** : **Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER**  
**APELANTE** : **CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - CRF/RS**  
**ADVOGADO** : **Elisabete Teresinha Smaniotto**  
**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 postulado normativo da razoabilidade 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





**Poder Judiciário**  
**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO**

natureza do serviço que presta, não necessita abranger todo o período de funcionamento.

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. Acolho o incidente de argüição de inconstitucionalidade para, sem redução da letra de seu texto, declarar a inconstitucionalidade do artigo 11 da Medida Provisória nº 2.190-34, no que concerne à remissão ao § 1º do artigo 15 da Lei nº 5.991/73.

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos entre as partes acima indicadas, decide a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, vencidos os Desembargadores Federais Volkmer de Castilho e Maria Lúcia Luz Leiria, acolher o incidente de argüição de inconstitucionalidade do art. 11 da Medida Provisória nº 2.190-34, no que concerne à remissão ao § 1º do artigo 15 da Lei nº 5.991/73, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 28 de agosto de 2003.

**Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER**  
**Relatora para Acórdão**

